Die Hinterziehung der Dingpflicht (§ 138 StGB)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Hans Dietrich Schmidt
Gerichtsreferendar
aus Wiesbaden

1933

Gedruckt
im Tageblatt-Haus Coburg
1934

Referent: Professor Dr. Eduard K e r n

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit zugeeignet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543121_0002

Inhaltsverzeichnis.

Seite:

Einleitung 1

Erstes Kapitel. Die geschichtliche Entwicklung des Delikts der „Hinterziehung der Dingpflicht".

I. Die Entſtehung des § 138 StGB. 3

II. Das Schickſal der Beſtimmung in der Strafrechtsreform 6

Zweites Kapitel: Auslegung des § 138 RStGB 8

I. Der Tatbeſtand im engeren Sinn 8

1. Subjekt des § 138.

a) Zeugen und Sachverſtändige 8

b) Schöffen und Geſchworene 13

c) Die „Berufung" 14

d) Die Pflicht zum Erſcheinen 16

2. Die Handlung des § 138.

a) Inhalt der Aeußerung 17

b) Der Deſtinatär der Aeußerung . . . 26

II. Rechtswidrigkeit 27

III. Die Schuldſeite 28

IV. Vollendung und Verſuch 29

V. Täterſchaft und Teilnahme 32

VI. Konkurrenzen des § 138 33

VII. Internationales Strafrecht 36

Drittes Kapitel: Die Strafbarkeit der Dingpflichtshinterziehung in anderen Ländern . . 36

Viertes Kapitel: Kritische Betrachtung und Vorſchläge de lege ferenda 42

Anhang: I. Kriminalſtatiſtik des § 138 47

II. Zuſammenſtellung der veröffentlichten Entſcheidungen über § 138 StGB. 48

Literaturverzeichnis.

I. Materiell-strafrechtliche Literatur.

Allfeld: Lehrbuch des deutſchen Strafrechts. Bearb. von H. Meyer. 8. Aufl. 1922.

v. Bar: Geſetz und Schuld im Strafrecht. 1907.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Berner: Lehrbuch des deutſchen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Beſeler: Kommentar über das Strafgeſetzbuch für die preußiſchen Staaten. 1851.

Blanche: Etudes pratiques sur le Code Pénal. 1888.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutſchen Strafrechts, Beſonderer Teil 1902 bis 1905.

— Die Normen und ihre Uebertretung. 2. Aufl. 1916.

van Calker: Strafrecht, Grundriß zu Vorleſungen und Leitfaden zum Studium. 4. Aufl. 1933.

Dalcke: Strafrecht und Strafprozeß. 23. Aufl. 1931.

Dalloz: Jurisprudence générale. Les codes annotés. 4. Code pénal. 1881.

Ebermayer-Lobe-Roſenberg: Reichsſtrafgeſetzbuch. 4. Aufl. 1929.

Engelhardt: Die Ehre als Rechtsgut im Strafrecht. 1931.

Finger: Lehrbuch des deutſchen Strafrechts. 1904.

Flegenheimer: Das Problem des doloſen Werkzeugs. 1913.

Frank: Das Strafgeſetzbuch für das Deutſche Reich. 18. Aufl. 1931.

Friedſam: Der Begriff der Tatſache in § 263 des Reichsſtrafgeſetzbuches. 1893.

Garçon: Code Pénale I, 1901—1906.

Gerland: Deutſches Reichsſtrafrecht. 2. Aufl. 1932.

— Grundfragen des Strafrechts, 2. Aufl., 1922.

Geyer: Grundriß zu Vorleſungen über gemeines deutſches Strafrecht. 1885.

Groß: Der Raritätenbetrug. 1901.

Hälschner: Das gemeine deutſche Strafrecht. II. Bd. 1887.

Hartleben: Napoleons Peinliches- und Polizey-Strafgeſetzbuch. 1811.

Heilbronner: Der Begriff „Unterdrückung wahrer Tatſachen" beim Betruge. 1898.

v. Hippel: Lehrbuch des Strafrechts. 1932.

v. Holtzendorff: Handbuch des deutſchen Strafrechts. 1874.

Jückstock: Entſtellung und Unterdrückung wahrer Tatſachen beim Betruge. 1909.

Kern: Die ſyſtematiſche Abgrenzung der Verbrechenselemente bei der Beleidigung. 1912.

— Die Aeußerungsdelikte. 1919.

Kohler: Studien aus dem Strafrecht. 1890.

— Leitfaden des deutſchen Strafrechts. 1912.

Kritiſche Beſprechungen des Vorentwurfs, herausg. v. Aſchrott und v. Liſzt. 1910.

v. Liſzt: Lehrbuch des deutſchen Strafrechts, bearb. v. E. Schmidt. 25. Aufl. 1927.

Lorsch: Angegriffene, Deſtinatäre und Gedankenträger bei der Beleidigung. 1904.

M. E. Mayer: Der Allgemeine Teil des deutſchen Strafrechts. 1923.

Merkel: Lehrbuch des deutſchen Strafrechts. 1889.

Mezger: Strafrecht. 1931.

Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 11. Aufl. 1927.
Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, bearb. von Delius. 14. Aufl. 1901.
Perten: Die Beihilfe zum Verbrechen. 1918.
Petri: Die mittelbare Täterschaft. 1911.
Rommel: Der Betrug. 1894.
Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1879.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts. 1921.
— Die Ehre und ihre Verletzung. 1915.
Schönfeld: Die Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an gemeinen und militärischen Delikten in strafrechtlicher und prozessualer Beziehung. 1911.
Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874.
Schwartz: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1914.
v. Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch. 5. Aufl. 1884.
Stenglein: Lexikon des deutschen Strafrechts. 1900.
Temme: Lehrbuch des preußischen Strafrechts. 1853.
Thomsen: Das deutsche Strafrecht. 1907.
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts (Rv D). 1906—1908.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.
Winter: Die mittelbare Täterschaft. 1917.

II. Prozeßrechtliche Literatur.

Abegg: Zeugnispflicht und Zeugniszwang. 1885.
Beling: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht. 1928.
Bennecke: Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 1895.
Binding: Grundriß des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. 4. Aufl. 1900.
Birkmeyer: Deutsches Strafprozeßrecht. 1898.
Dochow: Der Zeugniszwang. 1877.
Graf zu Dohna: Strafprozeßrecht. 3. Auf. 1929.
Förster: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 1913.
Freudenthal: Zivilprozeßordnung, bearb. von Sauerländer. 4. Aufl. 1926.
Gerland: Der deutsche Strafprozeß. 1927.
Geyer: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts. 1880.
Hellwig: System des deutschen Zivilprozeßrechts. 1912.
v Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. I. Band. 1880.
Kann: Die Zivilprozeßordnung. 1924.
Kayser: Die Strafgerichtsverfassung und das Strafverfahren des Deutschen Reichs. 1879.
Kleinfellner: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1925.
Kohler: Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß. 1894.
v. Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1892.
Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 19. Aufl. 1933.
Mannheim: Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiell-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren. 1925.
Obermeyer: Die Lehre von den Sachverständigen im Zivilprozeß. 1880.
Planck: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. II. Band. 1896.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1929.
R. Schmidt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 2. Aufl. 1906.
v. Schrutka-Rechtenstamm: Zeugnispflicht und Zeugniszwang im österreichischen Zivilprozeß. 1879.
v. Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearb. von Walsmann. 12. Aufl. 1932.

Seuffert: Erörterungen über die Beſetzung der Schöffengerichte und Schwurgerichte. 1879.
Skonietzky-Gelpcke: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfaſſungsgeſetz. 1905.
Stein: Das private Wiſſen des Richters. 1893.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutſche Reich. 14. Aufl. 1928/29.
Stenglein: Kommentar zur Strafprozeßordnung für das Deutſche Reich. 3. Aufl. 1898.
Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutſche Reich. 9. Aufl. 1910.
Sydow-Busch-Kranz: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfaſſungsgeſetz. 20. Aufl. 1930.
Ullmann: Lehrbuch des deutſchen Strafprozeßrechts. 1893.
Voitus: Kommentar zu der Strafprozeßordnung für das Deutſche Reich. 1877.
Weismann: Lehrbuch des deutſchen Zivilprozeßrechts. I. Bd. 1903.
v. Wilmowsky-Levy: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfaſſungsgeſetz für das Deutſche Reich. 7. Aufl. 1897.

III. Sonstige Literatur.

Anschütz: Die Verfaſſung des Deutſchen Reichs. 14. Aufl. 1932.
Brunner: Deutſche Rechtsgeſchichte, bearb. von Frhr. v. Schwerin. 1928.
Colin: Codes et Lois pour la France. 21. édition. 1924.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.
Feſtſchrift für Ludwig Träger. 1926.
Gieſe: Die Verfaſſung des Deutſchen Reichs. 7. Aufl. 1926.
Grunicke: Der Begriff der Tatſache in der poſitiviſtiſchen Philoſophie des 19. Jahrhunderts. 1930.
Hatschek: Außerpreußiſches Landesſtaatsrecht. 1926.
v. Holtzendorff: Rechtslexikon. Bd. III, 2. 1881.
Homeyer: Des Sachſenſpiegels erſter Teil oder das ſächſiſche Landrecht. 1835.
— Der Rechtsſteig Landrechts. 1857.
Hubrich: Das demokratiſche Verfaſſungsrecht des Deutſchen Reichs. 1921.
Kaufmann: Unterſuchungsausſchuß und Staatsgerichtshof. 1920.
Kratzer: Die Verfaſſungsurkunde des Freiſtaats Bayern. 1925.
Laband: Das Staatsrecht des Deutſchen Reichs. III. Bd. 5. Aufl. 1915.
v. Liſzt: Das deutſche Reichspreßrecht. 1880.
Mittelstein: Die Miete. 1932.
Pailliet: Manuel de droit français. 1813.
Planck: Das deutſche Gerichtsverfahren im Mittelalter. 1879.
Riesser: Kommentar zum Börſengeſetz. 1909.
Schachtel: Die ſinngemäße Anwendung der Strafprozeßordnung auf das Verfahren der Unterſuchungsausſchüſſe. 1927.
Schröder: Lehrbuch der deutſchen Rechtsgeſchichte, bearb. von Frhr. v. Künßberg. 7. Aufl. 1932.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Geſetzbuch. 9. Aufl. 1928.
Stern: Geſetz über Mieterſchutz und Mieteinigungsämter. 1930.
Stier-Somlo: Deutſches Reichs- und Landesſtaatsrecht. 1924.
— Polizeiverwaltungsgeſetz. 1932.
Teulet, d'Auvilliers et Suplicy: Les codes français annotés. 1843.
Waldecker: Die Verfaſſung des Freiſtaats Preußen. 2. Aufl. 1928.
Warmuth: Staatsgerichtshof und parlamentariſcher Unterſuchungsausſchuß.

IV. Sammlungen, Entſcheidungen, Zeitſchriften etc.

Archiv für die Ziviliſtiſche Praxis (ArchZivPr).
Badiſche Rechtspraxis.
Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
Braun und Blum, Annalen des Reichsgerichts (Annalen).
Der Gerichtsſaal, Zeitſchrift für Zivil-, Militär- und Strafrecht und Strafprozeß (Ger.S.).
Deutſche Juriſtenzeitung (DJZ).
Goltdammer, Archiv für Strafrecht (GA).
Juriſtiſche Wochenſchrift, herausg. v. deutſchen Anwaltverein (JW).
Leipziger Zeitſchrift für deutſches Recht (LZ).
Preußiſche Jahrbücher, herausg. v. H. von Treitſchke und W. Wehrpfennig.
Rechtſprechung des deutſchen Reichsgerichts in Strafſachen (RGStr.).
Sächſiſches Archiv für Rechtspflege.
Sammlung von Entſcheidungen des Oberlandesgerichts München in Gegenſtänden des Strafrechts und Strafprozeßes (ME).
Sammlung außerdeutſcher Strafgeſetzbücher in deutſcher Ueberſetzung (Sammlung).
Vollert: Blätter für Rechtspflege in Thüringen (Thür. Bl.).
Zeitſchrift für die geſamte Strafrechtswiſſenſchaft, begründet von Liſzt und Dochow (ZStW).

V. Protokolle, Entwürfe, Materialien etc.

Entwurf des Strafgeſetzbuches für die preußiſchen Staaten nach den Beſchlüſſen des königlichen Staatsrats. 1843.
v. Kamptz: Zuſammenſtellung der drei Entwürfe des preußiſchen Strafgeſetzbuchs. 1844.
Reviſion des Entwurfs des Strafgeſetzbuchs von 1843, 1845.
Stenographiſche Berichte über die Verhandlungen der I. und II. Kammer. 1851.
Goltdammer: Die Materialen zum Strafgeſetzbuch für die preußiſchen Staaten. 1852.
Verhandlungen des 5. deutſchen Juriſtentags, 1864 (JT 5).
John: Entwurf mit Motiven zu einem Strafgeſetzbuch für den norddeutſchen Bund. 1868.
Entwurf eines Strafgeſetzbuchs für den norddeutſchen Bund. 1869.
Hahn: Die geſamten Materialien zum Gerichtsverfaſſungsgeſetz. 1883.
Entwurf eines Strafgeſetzbuchs für den norddeutſchen Bund nebſt Motiven und Anlagen. 1870.
Stenographiſche Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des norddeutſchen Bundes. Seſſion 1870.
Verhandlungen des 26. deutſchen Juriſtentags (JT 26). 1902.
Vorentwurf zu einem deutſchen Strafgeſetzbuch. 1909.
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutſchen Strafgeſetzbuchs. 1911.
Protokolle zu einem ſchweizeriſchen Strafgeſetzbuch. 2. Expertenkommiſſion. 1914.
Entwürfe zu einem deutſchen Strafgeſetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjuſtizminiſteriums. 1921.
Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutſchen Strafgeſetzbuchs nebſt Begründung. 1925.
Verhandlungen des 34. deutſchen Juriſtentags. Bd. 1 (JT 34). 1926.
Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutſchen Strafgeſetzbuchs nebſt Begründung und 2 Anlagen. 1927.
Amtlicher Entwurf eines Einführungsgeſetzes zum allgemeinen deutſchen Strafgeſetzbuch und zum Strafvollzugsgeſetz nebſt Begründung. 1929.
Entwurf einer Zivilprozeßordnung, veröffentlicht vom Reichsjuſtizminiſterium. 1931.
Nationalſozialiſtiſches Strafrecht. Denkſchrift des preußiſchen Juſtizminiſters Kerrl. 1933.

Einleitung.

Die Bezeichnung „Hinterziehung der Dingpflicht" für das Delikt des § 138 StGB. ist zum ersten Male von Binding[1]) verwendet worden, und hat sich seitdem allgemein in der Strafrechtswissenschaft eingebürgert.

„Dingpflicht" ist ein Ausdruck des alten deutschen Rechts und bezeichnet die der Gerichtsgewalt des Richters entsprechende Pflicht des Gerichtsangehörigen, an den Grichtsverhandlungen teilzunehmen.[2]) Diese Pflicht ist ursprünglich gleich und allgemein für alle Volksgenossen; bewaffnet wie zum Kriege trat man zum Ding zusammen, jeder Heerespflichtige ist zugleich auch dingpflichtig.[3])

Im Mittelalter[4]) ist die Dingpflicht bereits nach Ständen abgestuft, und es macht sich eine Trennung verschiedener Pflichten bemerkbar. Generell besteht die Pflicht des Untertanen darin, „des richteres ding to sukene" und „rechtes to helpen";[5]) d. h. die Dingpflichtigen müssen das Gericht aufsuchen, um dem Richter zu helfen, das Recht zu finden. Hierher gehört jede Art der Unterstützung der richterlichen Tätigkeit, sei es, daß der Dingpflichtige selbst bei der Urteilsfindung mitwirkt, sei es, daß er dem Gericht zur Aufklärung des Tatbestandes, z. B. als Zeuge dient[6]) oder sonst irgendwelche gerichtlichen Geschäfte im Auftrage des Richters ausführt. Im weiteren Sinne umfaßt die Dingpflicht auch noch ganz allgemein die Pflicht, dem Richter „rechtes to plegen", d. h. in eigenen Angelegenheiten als Kläger oder Beklagter vor ihm Recht zu geben und zu nehmen.[7])

Im Laufe der geschichtlichen Entwicklung spezialisierte sich die Dingpflicht mehr und mehr,[8]) und heute kennen wir einen umfassenden Kreis von verschiedenen Pflichten, die dem Einzelnen dem

[1]) Binding, Lb. II, S. 549; vgl. van Calker S. 121; Frank S. 336.

[2]) Vgl. Brunner-Schwerin S. 290.

[3]) Schröder-Künßberg S. 27.

[4]) Vgl. z. B.: I 70 § 2; III 26 § 2; III 61 § 4 Sachsenspiegel, und I § 3, 7 § 1 Richtsteig Landrechts.

[5]) Planck (Gerichtsverf. im Mittelalter I S. 52 ff.; II S. 219; Homeyer (Hantgemal in Abhandl. der Akademie Berlin 1852) S. 82.

[6]) Im ältesten deutschen Recht war die Zeugenpflicht lediglich eine Pflicht gegenüber der Partei, gehörte also nicht zur „Dingpflicht"; vgl. Planck II S. 202; Abegg S. 5; v. Schrutka-Rechtenstamm S. 39/40; Laband III S. 482.

[7]) So: Planck a. a. O, S. 59; Schröder-Künßberg S. 190/191. Anderer Ansicht: Homeyer a. a. O., S. 82.

[8]) So gab es z. B. im deutschen Recht des Mittelalters keine derartige Sachverständigenpflicht, wie wir sie heute kennen (vgl. Obermeyer S. 21 ff.).

Gericht gegenüber obliegen, und die ihn teils dazu verpflichten, positiv für die Rechtsprechung tätig zu werden, teils auch nur eine Duldung gewisser Tätigkeiten der Gerichtsbehörden verlangen.[9])

Wenn wir also § 138 als Delikt der „Hinterziehung der Dingpflicht" charakterisieren, so ist diese Bezeichnung insofern ungenau, als nur ein Teil der dem Untertanen dem Gericht gegenüber obliegenden Funktionen hier erfaßt wird, nämlich nur die Pflichten der Zeugen, Sachverständigen, Schöffen und Geschworenen. Weiterhin ist noch zu bemerken, daß insbesondere die Zeugen- und Sachverständigenpflicht durch die geschichtliche Entwicklung eine solche Ausdehnung erfahren hat, daß sie auch anderen Behörden gegenüber besteht, also über den Rahmen einer Pflicht dem „Ding", d. h. dem Gericht gegenüber hinausgeht.[10]) Durch die Worte „Hinterziehung der Dingpflicht" wird jedoch der wesentliche Inhalt des § 138 in kurzer und treffender Form ausgedrückt, und es ist daher diese Bezeichnung als durchaus brauchbar beizubehalten.

[9]) Wie z. B. Durchsuchung.

[10]) Laband III S. 384 („Die gesetzliche Zeugenpflicht ist begrifflich nicht beschränkt auf die Verpflichtung, den Gerichten Aussagen zu machen"); Ch. Schachtel S. 29; v. Tippelskirch in Verh. d. 5. Dt. Jur.-Tags, S. 81.

Erstes Kapitel.

Die geschichtliche Entwicklung des Delikts der „Hinterziehung der Dingpflicht".

I. Die Entstehung des § 138 StGB.

Die Vorschrift des geltenden Rechts über die Verletzung der Dingpflicht ist französischen Ursprungs, und zwar entstammt die Strafbestimmung dem „Code pénal" von 1810. Dort heißt es:

> Art. 236: „Les témoins et jurés qui auront allègué une excuse reconnue fausse, seront condamnés outre les amendes prononcées pour la non-comparution, à un emprisonnement de six jours à deux mois."

Das Delikt besteht noch heute in Frankreich mit unverändertem Wortlaut. Bemerkenswert ist, daß sich die Bestimmung nicht auf die Sachverständigen bezieht, da man in Frankreich eine derartig allgemeine Pflicht zur Abgabe des Gutachtens wie bei uns nicht kennt.[1])

Eine dem Art. 236 entsprechende Vorschrift gab es in den deutschen Strafgesetzbüchern und Polizeigesetzbüchern nicht,[2]) abgesehen davon, daß der Code pénal auch in einigen Teilen Deutschlands galt. Allerdings wird auch sonst der Hinterziehung der Dingpflicht mit gewissen Strafen entgegengetreten.[3]) Aber diese Strafandrohungen finden sich stets in den Prozeßordnungen, nicht im materiellen Strafrecht.[4]) Ueber den rechtlichen Charakter der einzelnen Bestimmungen herrschen große Meinungsverschiedenheiten; sie werden bald als Kriminalstrafe, bald als Ordnungsstrafe, Exekutionsstrafe oder Disziplinarstrafe bezeichnet. Eine einheitliche Entscheidung ist hier m. E. gar nicht möglich, sondern es müssen die in den einzelnen Ländern in Geltung gewesenen Prozeßordnungen, Kriminalordnungen etc.[5]) stets gesondert betrachtet werden, da sich die Maß-

[1]) Teulet p. 77: „L'art. 236 n'est pas applicable aux experts; chacun est libre de l'emploie de ses facultés"; vgl. auch Garçon p. 576.

[2]) Hartleben S. 75.

[3]) Allerdings bestand eine derartige Vorschrift in Art. 206 des StGB für das Königreich Bayern, jedoch im II. Teil der „von dem Prozeß in Straffachen" handelt.

[4]) Geyer in HH (Strafprozeß) S. 270; „Schon nach gemeinem Recht waren Zwangsmaßregeln, welche aber nicht in eine peinliche Strafe ausarten durften, gegen ausbleibende oder die Aussage oder den Eid verweigernde Zeugen zulässig".

[5]) Ueber die Partikularrechte vgl. Hahn, Materialien zur StPO, S. 113 ff.; Materialien zur ZPO, S. 310/311; Verhandl. d. 5. deutsch. Juristentags, S. 90 ff., S. 97 ff.

regeln bald als Strafe, bald als Zwang charakterisieren.[6]) Oft liegt hier der Charakter einer reinen Zwangsmaßnahme klar zutage, z. B. wenn die preußische Kriminalordnung von 1805 vorschreibt, daß eine renitente Person zur Abgabe des Zeugnisses „durch Geld- und Gefängnisstrafe angehalten werden soll".[7]) Manchmal wird sogar ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Haft aufhören muß, „sobald der Zeuge das verweigerte Zeugnis ablegt".[8]) In einigen Fällen ist jedoch der kriminelle Strafcharakter dieser prozessualen Vorschriften nicht zu leugnen, so z. B. wenn die StPO. von Oldenburg in Art. 119 § 4 bestimmt, daß ein trotz ordnungsgemäßer Ladung zur Hauptverhandlung nicht erschienener Zeuge auch dann mit Gefängnis bis zu sechs Wochen zu bestrafen ist, wenn der Termin überhaupt nicht stattfindet.[9]) Das Verfahren bei der Bestrafung spricht allerdings stets gegen einen kriminellen Charakter,[10]) da es nie zu einem regelrechten Strafprozeß kommt, sondern die Strafe einfach durch das Gericht festgesetzt wird. Im Zweifel ist stets anzunehmen, daß es sich um Zwangsstrafen handelt, die die Erzwingung des Erscheinens bezw. der Aussage bezwecken;[11]) denn die Aufgabe der Prozeßordnungen ist es, die Durchführung des Gerichtsverfahrens zu regeln. Es ist daher richtig, wenn sie durch Zwangsmittel die Dingpflichtigen zur Erfüllung ihrer Pflichten anhalten. Aber wenn dieser Zweck wegfällt oder wenn er erreicht wird, ist für eine strafende Tätigkeit des Gerichts in seiner Eigenschaft als prozeßführendes Organ kein Raum mehr. Sobald nicht mehr die Erzwingung des Tätigwerdens, sondern die Bestrafung der in der Vergangenheit liegenden Verletzung der Dingpflicht Gegenstand der Strafandrohung ist, wird das eigentliche Gebiet des Prozeßrechts verlassen, und die diesbezüglichen Bestimmungen gehören dann in das materielle Strafrecht.

In Deutschland findet sich eine derartige rein kriminelle und daher naturgemäß im materiellen Strafrecht enthaltene Norm zum erstenmal im preußischen StGB. von 1851. Die ersten Entwürfe enthielten eine solche Strafbestimmung noch nicht. Allerdings fällt der Tatbestand des heutigen § 138 in dem Entwurf der sogen. Immediatkommission von 1838 bis 1842[12]) sowie in dem Staatsrats-

[6]) Ebenso: Abegg S. 11/12; Wahlberg II, S. 300/301; Hahn, Materialien zur StPO, S. 118.

[7]) Allerdings nimmt sogar hier Rubo in Preuß. Jahrb. Bd. 39, S. 534 ff. „Der sog. Zeugniszwang nach dem in Preußen geltenden Rechte" Kriminalstrafe an. Dagegen mit Recht Dochow S. 3 u. d. h. L.; vgl. auch Hahn, Materialien zur StPO, S. 118.

[8]) Sachsen StPO von 1868 Art. 218; Holland StPO 1837 Art. 68; Württemberg StPO 1868 Art. 161 Abs. 4; Baden StPO 1864 § 110.

[9]) Oldenburg, StPO. von 1857; ähnlich Hessen, StPO von 1765; Art. 136 Abs. IV.

[10]) Abegg S. 37.

[11]) v. Schrutka-Rechtenstamm S. 155; vgl. auch Wahlberg II „Die Gehorsamsfrage", S. 300/301.

[12]) Zweite Redaktion abgedr. bei v. Kamptz 1844.

entwurf von 1843[13]) unter ein anderes Delikt, das ganz allgemein das „Belügen von Behörden" mit Strafe bedroht. Es heißt dort:

> § 183 (bezw. 188): „Wer in Eingaben an die Obrigkeit Lügen vorbringt, hat eine Geldbuße bis zu 50 Talern oder Gefängnisstrafe bis zu sechs Wochen verwirkt.
>
> Eben diese Strafe trifft denjenigen, welcher für andere eine solche Schrift anfertigt, ungeachtet ihm die darin enthaltene Lüge bekannt war".

Die Revision von 1845 ließ diese Strafandrohung wieder fallen, da „abgesehen davon, daß hier eine unmoralische Handlung ohne Rechtsverletzung bestraft werden soll, das obrigkeitliche Ansehen auch durch Lügen als solche nicht beeinträchtigt werden kann, indem von Beleidigungen hier gar nicht die Rede ist".[14])

Im Etwurf von 1850, der sich auch sonst in mancher Beziehung an französisches Recht anschließt, taucht zum erstenmal eine spezielle Strafbestimmung über die Dienstpflichtshinterziehung auf. Diese lehnt sich fast wörtlich an das französische Vorbild des Art. 236 Code Pénal an und lautet folgendermaßen:[15])

> § 97: „Wer, als Zeuge oder als Geschworener berufen, eine Entschuldigungsursache vorschützt, welche sich als falsch ergibt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Monaten bestraft.
>
> Die Verurteilung in die auf das Nichterscheinen gesetzten Geldbußen wird hierdurch nicht ausgeschlossen."

Dazu heißt es in den Motiven:[16]) „Die Strafbestimmung dieses Paragraphen erscheint gerechtfertigt, da es niemand gestattet sein darf, sich durch unwahre Angaben der Erfüllung seiner staatsbürgerlichen Pflichten zu entziehen."

In der von der zweiten Kammer eingesetzten Kommission wurde festgestellt, daß es nur durch ein Versehen unterlassen worden sei, auch die Sachverständigen unter Strafe zu stellen.[17]) Da über die gesetzlichen Verpflichtungen der Sachverständigen in den einzelnen Teilen der Monarchie verschiedene Bestimmungen bestanden, wurde bezüglich dieser Personen durch eine besondere Formulierung des Abs. II ausdrücklich hervorgehoben, daß nur bei Bestehen einer Dingpflicht Strafbarkeit gegeben ist.

Die von der Kommission vorgeschlagene Fassung wurde von der ersten und zweiten Kammer unverändert angenommen und gelangte somit in den endgültigen Text des Strafgesetzbuchs für die preußischen Staaten von 1851. Der Tatbestand des Delikts hat dort folgenden Wortlaut:

> § 109: „Wer als Zeuge oder als Geschworener berufen, eine Entschuldigungsursache vorschützt, welche sich als falsch ergibt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Monaten bestraft.

---

[13]) Entwurf des StGB. f. d. preuß. Staaten nach den Beschlüssen des kgl. Staatsrats.

[14]) Vgl. Revision des Entwurfs des StGB. von 1843, Bd. I (1845) S. 44.

[15]) Anlagen zu den Verhandlungen der 2. Kammer, S. 32 ff.

[16]) Anlagen zu den Verhandlungen der 2. Kammer, Nr. 23 S. 163 ff.

[17]) Vgl. Bericht der Kommission in den Anlagen, a. a. O., Nr. 86, S. 616.

Dasſelbe gilt von einem Sachverſtändigen, inſofern er auf Grund einer geſetzlichen Verpflichtung berufen iſt.

Die Verurteilung wegen Vorſchützens einer falſchen Entſchuldigungsurſache ſchließt die Verurteilung in die auf das Nichterſcheinen geſetzten Geldbußen nicht aus."

Vom preußiſchen Strafgeſetzbuch gelangte die Vorſchrift in das Strafgeſetzbuch des norddeutſchen Bundes. Zunächſt wurde ſie als § 121 des Entwurfs von 1869 [18]) wörtlich beibehalten unter Ausdehnung des Delikts auf die Schöffen, welche damals ſchon in den meiſten Ländern neben oder an die Stelle der Geſchworenen getreten waren.[19]) Später wurde an Stelle der Wendung: „Wer eine Entſchuldigungsurſache vorſchützt, welche ſich als falſch ergibt" das „Vorſchützen einer unwahren Tatſache" in den Tatbeſtand des Delikts aufgenommen. Ein Antrag des Abgeordneten Mende, den Ausdruck „unwahre Tatſachen" zu vermeiden und ſtattdeſſen das Wort „Unwahrheit" zu ſetzen, wurde vom Reichstag abgelehnt.[20]) In die endgültige Faſſung des Strafgeſetzbuchs für den Norddeutſchen Bund gelangte dann die Vorſchrift als § 136 in ebenderſelben Form, wie ſie ſpäter vom Reichsſtrafgeſetzbuch übernommen wurde, und wie ſie noch heute als § 138 in Geltung iſt.

II. Das Schicksal der Bestimmung in der Strafrechtsreform.

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts begann die „Strafrechtsreform", die programmatiſch eingeführt wurde durch den Berliner Juriſtentag von 1902.[21]) Wiſſenſchaftlich vorbereitet wurde der Plan durch das von allen deutſchen und einigen öſterreichiſchen und ſchweizeriſchen Kriminaliſten geſchaffene 16-bändige Werk „Vergleichende Darſtellung des inländiſchen und ausländiſchen Strafrechts", das allerdings eine Abhandlung über § 138 nicht enthält.[22]) Der Reformgedanke wurde zum erſtenmal geſetzgeberiſch geſtaltet in den Entwurf der Sachverſtändigenkommiſſion von 1909.[23]) Die Strafvorvorſchrift über die Hinterziehung der Dingpflicht wurde als § 173 unter der Ueberſchrift „Verbrechen und Vergehen in Bezug auf die Rechtspflege" beibehalten, jedoch nur für die Zeugen und Sachverſtändigen und zwar unter erheblicher Ausdehnung des Strafrahmens

[18]) Entwurf eines StGB für den nordd. Bund von 1879. Anderer Anſicht: R. John in ſeinem Entwurf zu einem StGB. für den norddeutſchen Bund, der ein ſolches Delikt nicht enthält („dieſe Beſtimmung gehört in die Strafprozeßordnung, wenn ſie überhaupt wohin gehört").

[19]) Zuerſt in Hannover durch die StPO v. 1850; in Oldenburg 1857; in Bremen und Kurheſſen 1863; dann in Baden, Preußen, Sachſen, Württemberg, Hamburg.

[20]) Sten.Ber. über die Verhandlungen des RT des nordd. Bundes, Seſſion 1870, S. 467.

[21]) Gutachten von Liſzt S. 259 ff. der Verhandl. d. 26. deutſch. Juriſtentags.

[22]) Vgl. B. II, beſ. Teil, S. 403.

[23]) Vorentwurf zu einem deutſchen StGB. 1909.

bis zu einer Höchſtſtrafe von 6 Monaten Gefängnis. Für die Schöffen und Geſchworenen wurde das Delikt nicht aufrechterhalten, da dieſe Perſonen regelmäßig erſetzbar ſeien und daher „durch das Ausbleiben der letzteren eine wirkliche Gefahr für die Rechtspflege nur ſelten wird entſtehen können".[24]) Weiter wurde in den Motiven darauf hingewieſen, daß eine derartige Strafvorſchrift weder für andere Laienrichter noch für die ordentlichen Richter beſteht, ſondern auch hier Ordnungs- und Diſziplinarſtrafen genügen.

Von der Kritik wurden die neue Stellung und Faſſung des Delikts im allgemeinen gebilligt[25]) und die Strafnorm kehrt in § 195 wörtlich in dem ſog. „Gegenentwurf" wieder.[26]) Allerdings tauchen hierbei ſchon Zweifel darüber auf, ob für das Delikt überhaupt ein praktiſches Bedürfnis vorhanden iſt.[27])

Entgegen dieſer Meinung wurde die Strafbeſtimmung durch die Strafrechtskommiſſion von 1911 bis 1913 nicht nur unter Beibehaltung des hohen Strafmaßes wieder auf die Schöffen und Geſchworenen ausgedehnt, ſondern bezüglich der Zeugen und Sachverſtändigen noch ausdrücklich dahin erweitert, daß die Strafe auch bei Verweigerung der Ausſage und des Gutachtens Platz greifen ſoll. Das Delikt erſcheint daher in den Entwürfen von 1913 und 1919 in folgender Form:[28])

> § 235 (bzw. 228): „Wer als Geſchworener oder Schöffe berufen, eine Tatſache der Wahrheit zuwider als Entſchuldigung vorſchützt, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Geldſtrafe beſtraft.
>
> Ebenſo wird beſtraft, wer als Zeuge oder Sachverſtändiger berufen, eine Tatſache der Wahrheit zuwider als Entſchuldigung des Ausbleibens oder als Begründung der Verweigerung der Ausſage oder des Gutachtens vorſchützt. Der Sachverſtändige iſt jedoch nur dann ſtrafbar, wenn er zur Erſtattung des Gutachtens geſetzlich verpflichtet iſt."

Seit dem Strafgeſetzentwurf von 1919 beginnt die engere Zuſammenarbeit mit Oeſterreich. Als Ergebnis des gegenſeitigen Meinungsaustauſchs beider Länder entſtand ein neuer Entwurf, den Radbruch 1922 der Reichsregierung vorlegte. Dieſer Entwurf wurde nicht veröffentlicht. Die Reichsregierung ſelbſt befaßte ſich erſt im Herbſt 1924 wieder mit dem Fortgang der Reform und verabſchiedete auf Grund dieſer Beratungen einen neuen Entwurf, der im Jahre 1925 gedruckt wurde.[29]) Das Delikt der Dingpflichtshinterziehung wurde vollkommen beſeitigt, wohl vor allem deshalb, weil in Oeſterreich eine derartige Vorſchrift nicht beſteht. Ebenſo wie in der Reichsratsvorlage, die oft in ungenauer Weiſe als „Entwurf von 1925" bezeichnet wird, iſt auch in der Reichstagsvorlage von 1927

[24]) Begründung des Vorentwurfs, S. 572.

[25]) Goldſchmidt S. 62 und Olbricht S. 185 in Bd. II der „Kritiſchen Beſprechung des Vorentwurfs". 1910.

[26]) Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutſchen StGB. Berlin 1911.

[27]) Olbricht a. a. O.

[28]) Entwürfe zu einem deutſchen StGB: I. Teil: Entwurf der Strafrechtskommiſſion, 1913. II. Teil: Entwurf von 1919.

kein Vergehen enthalten, das dem heute geltenden § 138 entſpricht,[30]) und es wurde auch von keiner Seite die Wiedereinführung des Delikts in das neue StGB verlangt. Man hat ſich wohl im allgemeinen den Begründungen der beiden Entwürfe von 1925 und 1927 angeſchloſſen, daß die „Ordnungs- und Diſziplinargewalt, zum Teil auch der Zivilrechtsweg" genügende Abhilfe gegen derartige Pflichtwidrigkeiten gewährt,[31]) und daß daher eine beſondere Strafbeſtimmung über die Hinterziehung der Dingpflicht nicht erforlerlich iſt.

Auch die Denkſchrift „Nationalſozialiſtiſches Strafrecht" des preußiſchen Juſtizminiſters Kerrl von 1933 enthält einen derartigen Tatbeſtand nicht; allerdings iſt hierbei zu berückſichtigen, daß es ſich bei dieſer Denkſchrift nicht um einen ſich auf alle Einzelheiten erſtreckenden Entwurf handelt, ſondern meiſt nur um hauptſächliche und prinzipielle Grundlinien für das neu zu ſchaffende Strafrecht Deutſchlands.

Zweites Kapitel.

Auslegung des § 138 RStGB.

In ihrer heute geltenden Faſſung lautet die Vorſchrift über die Verletzung der Dingpflicht im Strafrecht folgendermaßen:

> § 138: „Wer als Zeuge, Geſchworener oder Schöffe berufen, eine unwahre Tatſache als Entſchuldigung vorſchützt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Monaten beſtraft.
>
> Dasſelbe gilt von einem Sachverſtändigen, welcher zum Erſcheinen geſetzlich verpflichtet iſt.
>
> Die auf das Nichterſcheinen geſetzten Ordnungsſtrafen werden durch vorſtehende Strafbeſtimmung nicht ausgeſchloſſen."

Es handelt ſich alſo um ein Vergehen, der Strafrahmen iſt gemäß § 16 StGB 1 Tag bis 2 Monate Gefängnis, wobei jedoch im Sinne des § 27 b auch ſtets die Möglichkeit der Beſtrafung mit einer Geldbuße gegeben iſt, wenn dadurch „der Strafzweck" erreicht wird.

I. Objektiver Tatbestand.

1. Subjekt des § 138.

a) Die Ausdrücke „Zeuge" und „Sachverſtändiger" kommen in der Rechtsordnung außerordentlich häufig vor. Für die Anwendbarkeit des § 138 müſſen wir allerdings alle diejenigen Fälle ausſcheiden, wo die Bezeichnungen im „prozeſſualiſchen" Sinn gemeint ſind. Mit

---

[29]) Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutſchen StGB. nebſt Begründung. Berlin 1925.

[30]) Entwurf eines allg. dtſch. StGB. nebſt Begründung und 2. Anl. 1927.

[31])Vgl. die Begründungen des Entwurfs v. 1925, S. 90, 91 und des Entwurfs v. 1927, S. 97.

Recht unterſcheidet Laband [1]) dieſe Seite ſcharf von der ſtaatsrechtlichen Pflicht. Wenn eine Behörde das Recht zur Zeugen- und Sachverſtändigenvernehmung hat, ſo bedeutet dies in prozeſſualer Hinſicht lediglich die Zuläſſigkeit einer beſtimmten Form der Tatſachenermittlung. Ob in dieſen Fällen eine Pflicht des Untertanen zur Mitwirkung beſteht, wird hierdurch nicht geſagt. Das ergibt ſich aus der ſogenannten „ſtaatsrechtlichen" Seite der Zeugnispflicht, die in einem Unterworfenſein des Einzelnen unter das erzwingbare Recht des Staates zur Mitwirkung an der Rechtspflege beſteht, wie dies auch bei den Schöffen und Geſchworenen vorliegt. Nur wenn ein ſolches erzwingbares Recht gegeben iſt, kann § 138 Anwendung finden.[2]) Dies wird m. E. nirgends beſtritten. Es folgt dieſe Tatſache allerdings nicht aus der Ueberlegung, daß bei freiwilligem Erſcheinen ein Ausbleiben niemals als rechtswidrig angeſehen werden kann; denn nicht das Ausbleiben wird im § 138 beſtraft, ſondern die falſche Entſchuldigung des Ausbleibens. Die generelle Strafwürdigkeit einer ſolchen falſchen Ausſage, insbeſondere einer Gerichtsbehörde oder, genauer geſagt, einer beweiserhebenden Behörde gegenüber läßt ſich durchaus vertreten. Wie wir oben geſehen haben, ging tatſächlich die Abſicht des Geſetzgebers in den erſten Entwürfen zum Preußiſchen Strafgeſetzbuch zunächſt dahin, eine allgemeine Strafandrohung für das „Belügen der Behörden" zu ſchaffen.

Dieſer Plan iſt jedoch ſpäter aufgegeben worden. Aus der Stellung und dem Sinn des § 138 folgt, daß das eigentliche Schutzobjekt [3]) des Delikts nicht „das Recht der Obrigkeit auf Wahrheit" [4]) iſt, ſondern vielmehr der geordnete Gang der Rechtspflege. Andernfalls hätte § 138 unter die Fälle des Meineids, der falſchen Ausſage etc. in die §§ 153 ff. eingereiht werden müſſen. Die oben vertretene Anſicht wird beſtätigt durch die Motive, wo es heißt: „Wer es über ſich gewinnt, durch Täuſchung der Behörden ſich der Pflicht, bei der Aufrechterhaltung und Wiederherſtellung der Rechtsordnung an ſeinem Teile mitzuwirken, zu entziehen, ſtellt ſeinerſeits den geordneten Gang der Rechtspflege in Frage.[5]) § 138 ſteht daher unter der Ueberſchrift: „Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung", und mit öffentlicher Ordnung iſt hier die geſetzmäßige Durchführung des Gerichtsverfahrens, im beſonderen die Erfüllung der — öffentlich-rechtlichen — Dingpflicht gemeint. Nur wenn eine „Verpflichtung" zur Mitwirkung beſteht, wird durch das Ausbleiben des Berufenen der richterlichen Urteilsfindung und damit der öffentlichen Ordnung ein faktiſcher Schaden zugefügt. Noch deutlicher tritt der Charakter des Delikts bei ſeinem franzöſiſchen Vorbild

[1]) Laband III, S. 483.
[2]) Ebermayer S. 486; Rüdorff S. 350; Hälſchner II, S. 852; Olshauſen S. 640.
[3]) Vgl. Beling S. 209; ein eigentliches, notwendigerweiſe im Tatbeſtand enthaltenes „Angriffsobjekt" iſt im § 138 nicht vorhanden.
[4]) So: Rüdorff S. 350.
[5]) Entwurf eines StGB. für den nordd. Bund nebſt Mot., S. 63.

hervor, denn Art. 236 Code Pénal befindet ſich in dem Kapitel über „Refus d'un service du légalement"; auch ſteht z. B. der dem § 138 entſprechende Art. 366 des italieniſchen Codice Penale unter dem Titel „Rifiuto di uffici legalmente dovuti".

Auch aus dem Wortlaut des § 138 ergibt ſich, daß nicht die unwahre Entſchuldigung, ſondern die Verletzung der Dingpflicht der prinzipielle Grund der Strafbarkeit iſt. Es wäre inkorrekt, von einer „Entſchuldigung" zu ſprechen, wenn eine Pflicht zum Erſcheinen nicht beſtehen muß. Denn eine Entſchuldigung iſt naturgemäß nur dann erforderlich, wenn eine beſtehende Pflicht nicht erfüllt wird; andernfalls genügt die bloße Mitteilung des Grundes für das Ausbleiben, bezw. der Berufene braucht auf eine Ladung überhaupt nicht zu reagieren. Auch aus dem Ausdruck „berufen" ergibt ſich m. E. ſchon, daß es ſich um einen Befehl zum Erſcheinen und mithin um eine erzwingbare Ladung handeln muß. Weiterhin ſpricht Abſ. 2 nur von den „verpflichteten" Sachverſtändigen, und die in Abſ. 3 erwähnten Ordnungsſtrafen ſind ſtets nur dann angedroht, wenn eine — zwangsmäßig durchführbare — Dingpflicht beſteht. Mit Recht wird daher das Delikt es § 138 ſtets als „Hinterziehung der Dingpflicht bezeichnet", denn nur wenn eine ſolche beſteht, kann die Strafvorſchrift zur Anwendung kommen.

Subjekt des § 138 können alſo nicht diejenigen Zeugen und Sachverſtändigen ſein, deren Mitwirkung freiwillig geſchieht und nicht erzwungen werden kann. Hierher gehört insbeſondere der in Abſ. 2 ausdrücklich hervorgehobene Fall, daß ein Sachverſtändiger die Tätigkeit, deren Kenntnis Vorausſetzung der Begutachtung iſt, nicht öffentlich ausübt und auch nicht zur Abgabe von Gutachten angeſtellt iſt. Hier iſt eine Dingpflicht des Untertanen nicht gegeben, es ſei denn, daß er ſich zur Abgabe eines Gutachtens bereit erklärt hat.[6]) Im ſchiedsrichterlichen Verfahren nach dem 10. Buch der ZPO iſt generell weder ein Zeugen- noch ein Sachverſtändigenzwang gegeben.[7]) Ebenſo beſteht keine Dingpflicht gegenüber der Staatsanwaltſchaft, wie die durchaus herrſchende Lehre mit Recht annimmt;[8]) denn die Strafprozeßordnung gibt nur dem Richter das Recht zum Zeugniszwang und legt überdies eine Pflicht zur Auskunftserteilung gegenüber der Staatsanwaltſchaft im § 161 StPO ausdrücklich nur den Behörden, nicht den Privatperſonen auf. Desgleichen ſteht den Polizeibehörden, jedenfalls in Preußen, grund-

[6]) Vgl. die übereinſtimmenden Vorſchriften der §§ 75 StPO, 407 ZPO und 211 MStGO.

[7]) § 1035 ZPO; vgl. Schwartz S. 349.

[8]) RG in LZ 09, S. 546; Birkmeyer S.312 : Wennecke S. 309 Nr. 18; Ullmann S. 356; Laband III, S. 485; Geyer S. 622; v. Holtzendorff in HH für Strafprozeß I, S. 380; Stenglein S. 310; v. Lilienthal in Holtz. Rechtslexikon III, 2, S. 1021; Loewe-Roſenberg S. 408 (17. Aufl.). Anderer Anſicht: v. Kries S. 475; Fuchs in HH für Strafprozeß I, S. 448; Voitus S. 115, 183; früher Loewe S. 407 (3. Aufl.): bejaht allerdings Pflicht zum Erſcheinen, verneint jedoch Pflicht zur Ausſage).

fätzlich ein Zeugniszwang nicht zu, es fei denn, daß es fich um eine Maßnahme handelt, die „zur Ermittlung und Aufklärung einer Handlung oder Unterlaffung notwendig ift, die den Verdacht eines Verbrechens oder Vergehens rechtfertigt".[9])

Obwohl alle diefe Fälle ausfcheiden, in denen eine erzwingbare Pflicht zum Tätigwerden in einer der angegebenen Funktionen nicht befteht, bleibt das Anwendungsgebiet des § 138 in Bezug auf die „Zeugen" und „Sachverftändigen" doch außerordentlich umfangreich. Meift ergibt fich aus dem Wortlaut oder oft auch nur aus dem Sinn des Gefetzes, daß dem Recht der Behörde auf Zeugenvernehmung eine Pflicht des Untertanen zur Ausfage gegenüberfteht. Vor allem ift das ftets dann der Fall, wenn bei Verweigerung der Mitwirkung der Behörde Zwangsbefugniffe zuftehen. Gleichgültig ift hierbei, ob die in Frage kommenden Strafen, Zwangsmittel etc. von der beweiserhebenden Behörde felbft angeordnet werden können, oder ob fie, wie das häufig der Fall ift, erft vom Gericht auf ein Erfuchen hin befchloffen werden, der Zwang alfo „mittelbar" ift. Eine Dingpflicht liegt auch hier vor, es handelt fich lediglich um eine befondere Form der Durchführung.

Zu den unter § 138 fallenden Verfahrensarten find zu rechnen zunächft die zur Kompetenz der ordentlichen Gerichte gehörenden Straffachen,[10]) zivilrechtlichen Streitigkeiten,[11]) Konkurfe[12] und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.[13]) Weiterhin die Verfahren vor den nach § 14 GVG zugelaffenen befonderen Gerichten[14]) fowie das arbeitsrechtliche Streit- und Befchlußverfahren.[15]) Auch in verwaltungsrechtlichen Streit- und Befchlußverfahren ift § 138 anwendbar, da hier jedenfalls in Preußen Dingpflicht befteht.[16]) Bezüglich der ehrengerichtlichen Verfahren wird man generell einen Zwang zur Vorladung als Zeuge und Sachverftändiger nicht annehmen dürfen;[17]) jedoch wird fich ein folcher Zwang meift

[9]) § 17 Pr. Verw. Gef. v. 1. 6. 1931 (Gef.S. S. 77 ff.); vgl. Stier-Somlo, Komm. z. PVG., S. 17. Zum früheren Recht vgl. Olshaufen I, S. 640; Schwartz S. 349; RG. in RGStr., Bd. 9, S. 433; GA., Bd. 39, S. 332.

[10]) § 48 ff. ZPO.

[11]) § 375 ff StPO.

[12]) § 75 Konkursordnung.

[13]) § 15 Gef. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit v. 20. 5. 1898.

[14]) Die Anwendung des § 138 bejahen hier ausdrücklich Olshaufen S. 640 und Ebermayer S. 486.

[15]) Vgl. § 55, 58, 83 Arbeitsgerichtsgefetz vom 23. XII. 1926. Auch dem Gewerbegericht gegenüber beftand früher Dingpflicht, vgl. §§ 24, 23, 44 Gef. betr. Gewerbegerichte vom 29. VII. 1890 (RGBl. S. 141); entfprechendes galt für die Kaufmannsgerichte, vgl. § 16 Gef. betr. Kaufmannsgerichte vom 6. VII. 1904 (RGBl. S. 266).

[16]) So: Schwartz S. 349; Oppenhoff S. 356; Ebermayer S. 486; Olshaufen S. 640. Vgl. §§ 76, 78, 120 Pr. G. über die allg. Landesverwaltung vom 30. VII. 1883.

[17]) Generell bejahen die Anwendbarkeit des § 138 Schwartz, Oppenhoff, Ebermayer und Olshaufen a. a. O.

aus den ſpeziellen Geſetzen ergeben, ſo iſt er z. B. bei den Ehrengerichten der Rechtsanwaltskammer[18]) und bei den Börſenehrengerichten[19]) vorhanden. Auch bei den Diſziplinargerichten wird man ſtets für den einzelnen Fall das Vorliegen des Zeugniszwangs zu prüfen haben, obwohl hier ein Teil der Literatur eine generelle Anwendung der Straf- oder Zivilprozeßordnung, und damit stets Zeugniszwang annimmt.[20]) Praktiſch wird auch hier eine Dingpflicht meiſt gegeben ſein, z. B. in Preußen nach der Beamtendienſtſtrafordnung[21]) und der Dienſtſtrafordnung für die richterlichen Beamten.[22]) Auch reichsrechtlich wird das Vorliegen eines Zeugniszwangs als dem Sinn und Zweck des Reichsbeamtengeſetzes entſprechend faſt durchweg bejaht.[23]) Weiterhin ſeien hier als Behörden mit Befugnis zur zwangsmäßigen Vorladung von Zeugen und Sachverſtändigen noch genannt das Patentamt,[24]) das Seeamt,[25]) das Aufſichtsamt für Privatverſicherung[26]) und andere mehr.[27])

Zeugniszwang beſteht ſchließlich auch in dem Verfahren vor den parlamentariſchen Unterſuchungsausſchüſſen nach § 34 RV und den entſprechenden Vorſchriften der Länderverfaſſungen.[28]) Nach ausdrücklicher Vorſchrift des Geſetzes finden hier die Regeln der Strafprozeßordnung „ſinngemäße" Anwendung, ſodaß mit der durchaus herrſchenden Lehre das Vorliegen einer Dingpflicht zu bejahen iſt. Trotz des klaren Wortlautes des Geſetzes iſt das beſtritten.[29]) Der

[18]) §§ 66, 86 Rechtsanw.O. vom 1. Juni 1878 (RGBl. S. 177); Anwendung der Zwangsmittel erfolgt gemäß § 87 durch das Gericht.

[19]) § 14 Abſ. 3 Börſengeſetz vom 27. IV. 1908 (RGBl. S. 215); Zwangsmittel ſind allerdings nicht ausdrücklich gegeben, jedoch iſt auch hier gemäß § 26 ein Erſuchen an das Gericht möglich (vgl. Rießer, Komm. S. 81).

[20]) Wie hier: Delius „Der Zeugniszwang in Diſziplinarſachen" in DJZ. 1897 S. 48 ff.; Laband III S. 490; v. Lilienthal in Holtzd. Rechtslexikon III, 2 S. 1428; Abegg S. 15. Für generelle Anwendung der StPO.-Regeln: Pr. Ober-Tribunal in GA. 9 S. 487. Für generelle Anwendung der ZPO.-Regeln: Dochow S. 58. Die Anwendung des § 138 Diſziplinarverfahren bejahen generell: Oppenhoff S. 356; Ebermayer S. 486; Schwartz S. 349; Olshauſen S. 640.

[21]) § 42 Abſ. 2 Preuß. Beamtendienſtſtrafordnung vom 27. 1. 1932 (Geſ.S. S. 65).

[22]) § 43 Abſ. 2 Pr. Dienſtſtrafordnung für die richterlichen Beamten vom 27. 1. 1932 (Geſ.S. S. 86).

[23]) Vgl. §§ 94, 96, 106, 107 Reichsbeamtengeſ. v. 31. 3. 1873. Wie hier: Laband III S. 492. Anderer Anſicht: v. Lilienthal in Holtz. Rechtslexikon III, 2, S. 1028.

[24]) §§ 25, 26 Abſ. 3 u. 32 Patentgeſetz v. 7. 4. 1891 (RGBl. S. 79).

[25]) §§ 18, 19 Abſ. 3 Geſetz betr. Unterſuchung von Seeunfällen vom 27. 7. 1877 (RGBl. S. 549).

[26]) § 78 Geſ. über die privaten Verſicherungsunternehmungen v. 12. 5. 1901 (RGBl. S. 139).

[27]) Eine annähernd vollſtändige Aufzählung der Fälle von Zeugniszwang gibt, allerdings nur bezüglich des Reichsrechts, Laband III S. 485 ff.

[28]) Art. 25 pr. Verf.; § 52 Abſ. 2 bayr. Verf. uſw.; vgl. die vollſtändige Aufzählung S. 3 Anm. 1 in den Verhandlg. d. 34. Deutſchen Juriſtentags.

[29]) Für Zeugniszwang: Anſchütz S. 222; Roſenberg in 34. Jur.Tag I S. 20; Hatſchek S. 590; Kratzer S. 151; Ch. Schachtel S. 27 ff.; Stier-Somlo (Staats-

Einwand, daß Zeugniszwang nur einer richterlichen Behörde gegenüber beſtehen kann, wird allerdings ſchon durch die Tatſache widerlegt, daß auch ſonſt, wie wir oben geſehen haben, vielen Behörden ein Recht zur Vorladung gegeben iſt, die nicht den Charakter einer gerichtlichen Behörde beſitzen, wie z. B. das Seeamt.[30]) Es braucht daher nicht darauf eingegangen zu werden, ob die Unterſuchungsausſchüſſe des Reichstags den Charakter eines Gerichts haben oder nicht. Die Anwendbarkeit des § 138 iſt auch bezüglich der Zeugen und Sachverſtändigen in dem Verfahren vor dem parlamentariſchen Unterſuchungsausſchuß zu bejahen.[31])

b) Im Gegenſatz zu den Ausdrücken „Zeuge" und „Sachverſtändiger" kommen die Bezeichnungen „Schöffe" und „Geſchworener" nur ſelten in der Rechtsordnung vor, nämlich nur in dem reichsrechtlich geregelten Strafprozeßverfahren. Der Kreis der nach § 138 ſtrafbaren Perſonen iſt alſo hier eng und ſcharf begrenzt. Eine Ausdehnung der Vorſchrift auf andere Laienrichter iſt ſchon infolge des Verbots der „Analogie zu Ungunſten des Angeklagten" unzuläſſig.[32]) Insbeſondere fallen alſo nicht unter § 138 die im Zivilprozeßverfahren bei den Kammern für Handelsſachen ſowie die bei den Arbeitsgerichten beteiligten Laien. Ebenſowenig die Beiſitzer in den Gemeindegerichten und in den früher beſtehenden Gewerbe- und Kaufmannsgerichten; denn für alle dieſe Perſonen treffen die Ausdrücke „Schöffe" und „Geſchworener" nicht zu. Auch auf die Beiſitzer der Mietgerichte gemäß § 7 ff. des Geſetzes über Mieterſchutz und Mieteinigungsämter vom 1. VI. 23[33]) war § 138 nicht anwendbar. Da nach der vierten Notverordnung des Reichspräſidenten[34]) ab 1. Januar 1932 der Amtsrichter ſtets allein zuſtändig iſt, hat dieſe Feſtſtellung allerdings nur noch hiſtoriſche Bedeutung. Der Fall iſt jedoch deshalb erwähnenswert, da hier tatſächlich der Ausſpruch „Schöffe" gebraucht wurde: die bei den Mietgerichten tätigen Beiſitzer wurden allgemein als „Mietſchöffen" bezeichnet.[35]) Das Geſetz verwendet dieſen Ausdruck allerdings nicht. Die Bezeichnung iſt auch durchaus inkorrekt, denn dieſe ſogenannten Mietſchöffen hatten in ihrer Stellung und Tätigkeit nicht das geringſte mit den Schöffen des Strafprozeßverfahrens zu tun, was ſich ſchon daraus ergibt, daß es ſich hier um ein zivilrechtliches Verfahren handelt. Lediglich die

recht S. 1924; Gieſe S. 134; Hubrich S. 75; über einſchlägige Fälle: Kahl in DJZ. 1920 Bd. 25 S. 6; Warmuth S. 36 ff. Anderer Anſicht: Binding in Leipz. Neueſt. Nachr. v. 6. 1. 1920; früher Waldecker (1. Aufl. 1921) S. 83/84. Zweifelnd: Kaufmann S. 31; Waldecker S. 99.

[30]) Vgl. Ch. Schachtel S. 30 gegen Kaufmann S. 31.

[31]) So: Olshauſen I S. 640. Anderer Anſicht: Schwartz S. 349; allerdings bezüglich Ort. 82 alte preußiſche Verfaſſung; gegen ihn jedoch auch ſchon früher Olshauſen I (10. Aufl. 1916) S. 554; Oppenhoff S. 358.

[32]) Ebermayer S. 486; Olshauſen II S. 640; Göbel S. 140; Gerland S. 385.

[33]) RGBl. 1923, S. 355.

[34]) Kap. IV Art. II und Art. VII, RGBl. 1931, S. 708/709.

[35]) Vgl. z. B. Staudinger, BGB II 2, S. 364; Mittelſtein S. 22; Stern S. 219.

Auswahl dieſer Beiſitzer geſchah, jedenfalls in Preußen, nach faſt denſelben Grundſätzen und in derſelben Weiſe wie diejenigen der Schöffen im Gerichtsverfaſſungsgeſetz.[36]) Auf Grund dieſer Tatſache hat ſich der Ausdruck „Mietſchöffe“ eingebürgert. Allerdings beſteht auch bei der Auswahl der Beiſitzer der Mietgerichte der weſentliche Unterſchied, daß nur diejenigen zur Mitwirkung verpflichtet ſind, die ſich „bereit erklärt haben“,[37]) während der Schöffendienſt eine allgemeine Staatsbürgerpflicht iſt. Ihrer Rechtsſtellung nach ſind daher dieſe Perſonen vollkommen den Beiſitzern in anderen zivilrechtlichen Verfahren gleichzuſtellen und eine Anwendung des § 138 kommt hier nicht in Betracht.

Es bleibt alſo für eine Anwendbarkeit des § 138 hinſichtlich der Schöffen und Geſchworenen nur das Strafprozeßverfahren übrig. Die generelle Pflicht des Untertanen zur Mitwirkung in den angegebenen Funktionen ergibt ſich aus dem Gerichtsverfaſſungsgeſetz. Allerdings gibt es auch hier Umſtände, unter denen eine Dingpflicht nicht beſteht, und zwar iſt dies m. E. der Fall bei dem zum Schöffen- und Geſchworenendienſt „unfähigen“ Perſonen.[38]) Da ſolche Perſonen, z. B. Ausländer, überhaupt nicht mitwirken dürfen und eine derartige Vorladung gegen die zwingende geſetzliche Vorſchrift des § 32 GVG verſtößt, ſo iſt in einem ſolchen Falle die Berufung zu Unrecht erfolgt und kann daher eine Verpflichtung zum Tätigwerden nicht begründen. Dieſe Anſicht iſt allerdings ſehr ſtark beſtritten.[39]) Daß eine Verpflichtung tatſächlich nicht beſteht, ergibt ſich m. E. auch aus den Motiven zum GVG, wo es heißt:[40]) „Unfähige Perſonen ſollen nicht nur nicht berufen werden, ſie dürfen als Geſchworene und Schöffen nicht mitwirken“, d. h. alſo ſie dürfen überhaupt nicht berufen werden. Eine trotz des geſetzlichen Verbots berufene Perſon kann daher überhaupt nicht als „Schöffe“ oder als „Geſchworener“ bezeichnet werden. Die Möglichkeit einer Beſtrafung nach § 138 iſt daher m. E. mangels Beſtehens einer Dingpflicht ausgeſchloſſen.[41])

c) Die allgemeine ſtaatsrechtliche Pflicht bei der Rechtspflege mitzuwirken, entſteht für den ſpeziellen Fall erſt durch eine Konkretiſierung in Form eines Befehls des Gerichts, die ſog. „Berufung“. Die-

[36]) Vgl. Preußiſche Ausführungsverordnung vom 15. VIII. 1923 (Geſ.S. S. 405 ff.).

[37]) § 3 Ziff. 2 Preuß. Ausführungsverordnung.

[38]) Anders natürlich, wenn die Perſon lediglich nicht berufen werden ſoll oder einen Ablehnungsgrund hat; hier begründet die Berufung eine Dingpflicht, vgl. Oppenhoff S. 357 und Binding II S. 551.

[39]) Ebenſo Friedländer, Gerichtsſaal Bd. 46 S. 433 und die Literatur Anmerk. 41. Anderer Anſicht: Oetker in GA Bd. 49 S. 232/233; Geyer, Lb. S. 284; Löwe-Roſenberg (17. Aufl.) S. 1056; Stenglein S. 32; H. Seuffert S. 86; Bayr. OLG i. ZStW Bd. 47, S. 324.

[40]) Hahn, Materialien zum GVG., S. 82.

[41]) Ebenſo: v. Schwarze S. 433; Olshauſen I S. 641; Binding Lb. II S. 551. Anderer Anſicht: Schwartz S. 349; Ebermayer S. 487. (Letzterer allerdings ohne jegliche Begründung.)

ſer Ausdruck iſt in § 138 redaktionell nicht korrekt gewählt, denn das Prozeßrecht ſpricht nur in Bezug auf Schöffen und Geſchworene von einer „Berufung", während die Zeugen und Sachverſtändigen „geladen" bezw. „ernannt" werden.[42]) Der Sinn iſt jedoch ſtets derſelbe, ſowohl Ladung wie Berufung bedeuten die zwangsmäßige Aufforderung zum Erſcheinen in einem beſtimmten Termin.[43]) Dies iſt bezüglich der Zeugen und Sachverſtändigen unbeſtritten und folgt für die Schöffen und Geſchworenen ſchon aus ihrer Gleichſtellung mit dieſen Perſonen. Jedenfalls erfolgt durch die Aufnahme in die Ur- oder Jahresliſte noch keine „Berufung", ſondern gemäß § 42 GVG ſind die Schöffen dann erſt „gewählt". Wer alſo durch Vorbringen falſcher Tatſachen ſeine Aufnahme in dieſe Liſten verhindert, fällt nicht unter die Strafnorm des § 138.[44]) Aber auch die Auslоſung bezw. die Mitteilung der Auslоſung iſt noch keine Berufung,[45]) ſondern es iſt allein maßgebend, daß die Ladung zu einem beſtimmten Termin erfolgt iſt. Zwar geſchieht dieſe gemäß § 36 GVG regelmäßig zugleich mit der Benachrichtigung von der Auslоſung. Daß letztere Mitteilung jedoch für den Begriff der „Berufung" unerheblich iſt, folgt unwiderlegbar aus der Tatſache, daß das GVG auch in Bezug auf die Hilfsſchöffen von einer „Berufung" ſpricht,[46]) obwohl bei dieſen eine Auslоſung überhaupt nicht ſtattfindet. Auch ſonſt folgt aus dem Wortlaut der Beſtimmungen des GVG, daß die Ladung zu einer beſtimmten Sitzung gemeint iſt.[47]) Dies ergibt ſich ſchließlich auch aus dem Wort „berufen" ſelbſt, da es in dem Sinn von „einberufen" aufzufaſſen iſt.

Ebenſo wie bei den Zeugen und Sachverſtändigen iſt alſo auch bei Schöffen und Geſchworenen Vorausſetzung für die Anwendbarkeit des § 138, daß ſie „von den Sitzungstagen, an welchen ſie in Tätigkeit zu treten haben, in Kenntnis geſetzt,[48]) und damit zum Erſcheinen in dieſem Termin verpflichtet worden ſind. Eine ſolche Verpflichtung entſteht jedoch nur, wenn die Berufung ordnungsgemäß, d. h. form- und friſtgerecht erfolgt iſt und von der zuſtändigen Stelle veranlaßt wurde. Meiſt kann die Vorladung nur durch das Gericht erfolgen, jedoch iſt z. B. im Strafprozeß auch die Staatsanwaltſchaft[49]) ſowie ſogar der Angeklagte, der Privatkläger und

[42]) Vgl. §§ 377—380, 407 ZPO und §§ 48, 51, 75 StPO.

[43]) Bayr. OLG in ME. X S. 88; Hälſchner II S. 853; Gerland S. 385; Schwartz S. 349; Binding LB. II S. 550; Beling S. 305; Binding (Strafprozeß) S. 111.

[44]) Ebermayer S. 486; Olshauſen I S. 641; Hälſchner II, S. 853; Schwartz S. 349; Binding LB. II S. 550. Anderer Anſicht: v. Schwarze S. 433, OLG Jena 1876 in Vollerts Blättern Bd. 24, S. 275.

[45]) Daher unrichtig: Frank S. 336. Ungenau auch Ebermayer S. 486 und Oppenhoff S. 358, die Mitteilung der Auslоſung zuſammen mit Ladung zu einem Termin für den Begriff der Berufung verlangen.

[46]) § 49 Abſ. II GVG.

[47]) Vgl. z. B. §§ 50, 87 GVG.

[48]) Vgl. § 46 GVG und entſprechend §§ 77, 84 GVG.

[49]) § 214 StPO (Ladung zur Hauptverhandlung).

der Nebenkläger[50]) unter gewiſſen Vorausſetzungen zur Zeugen- und Sachverſtändigenladung befugt. Allerdings muß hier die Ladung in einer beſonderen Form, nämlich durch Zuſtellung durch den Gerichtsvollzieher geſchehen.[51]) Die formalen Erforderniſſe ergeben ſich ſtets aus den ſpeziellen prozeſſualen Vorſchriften die für die unter § 138 fallenden Verfahrensarten beſtehen.[52]) Regelmäßig iſt eine beſondere Form der Berufung nicht vorgeſchrieben, ſo vor allem nicht bei Zeugen- und Sachverſtändigenladung im Strafprozeß[53]) und gemäß § 370 Abſ. I Satz 2 ZPO, der durch Verordnung vom 13. II. 1924 hinzugefügt wurde, auch nicht im Zivilprozeß. Es genügt hier alſo auch ein einfaches Schreiben und eine mündliche oder telephoniſche Benachrichtigung, um den Dingpflichtigen zum Erſcheinen im Termin zu verpflichten.[54])

d) Wenn wir oben geſagt haben, daß für die Anwendbarkeit des § 138 das Vorliegen einer Dingpflicht Vorausſetzung iſt, ſo können wir nunmehr einen Schritt weiter gehen und feſtſtellen, daß außerdem noch eine Pflicht zum Erſcheinen vorliegen muß. Die Pflicht der Zeugen und Sachverſtändigen beſteht normalerweiſe darin, vor Gericht zu erſcheinen, ihre Ausſagen zu machen und dieſe gegebenenfalls zu beſchwören;[55]) dazu kommt bei den Sachverſtändigen noch die Pflicht, die zur Abgabe des Gutachtens erforderlichen Unterſuchungen vorzunehmen.[56]) Die Dingpflicht der Schöffen und Geſchworenen beſteht darin, zu erſcheinen und ihre richterlichen Funktionen wahrzunehmen.[57]) Meiſt werden dieſe Pflichten zuſammentreffen, jedoch kann im ſpeziellen Falle die eine oder andere fehlen. Eine Berufung iſt nur dann möglich, wenn die Pflicht zum Erſcheinen vor Gericht beſteht;[58]) dieſe iſt ſomit Vorausſetzung für eine Anwendbarkeit des § 138. Auch Abſ. II und III ſprechen nur von der Pflicht zum „Erſcheinen", legen alſo auf dieſe Tatſache entſcheidenden Wert.

In Bezug auf die Sachverſtändigen iſt es unbeſtreitbar, daß eine Pflicht zum Erſcheinen für eine Beſtrafung nach § 138 gegeben ſein muß; Abſ. II ſagt dies ausdrücklich. Es darf jedoch nicht aus einem argumentum e contrario auf die Abſicht einer gegenteiligen Behandlung der Zeugen, Schöffen und Geſchworenen geſchloſſen werden; es iſt ſogar das Gegenteil der Fall. Wie ſchon oben erwähnt, erklärt

[50]) §§ 220, 386 Abſ. II, 397 StPO.
[51]) § 38 StPO.
[52]) Z. B. geſchieht die Ladung eines Soldaten gemäß § 48 Abſ. II StPO und § 378 ZPO durch Erſuchen der Militärbehörde.
[53]) § 48 StPO; vgl. RG in RGStr. 40, 141.
[54]) Sydow-Buſch-Krantz S. 524; Seuffert S. 603; Kann S. 206; Löwe-Roſenberg S. 172; Stenglein S. 164.
[55]) Weismann S. 138/139; Abegg S. 15 ff.; Hellwig S. 708; Löwe-Roſenberg S. 385; Seuffert S. 607; John H. H. III S. 196; Kleinfellner S. 354.
[56]) Plank S. 278; Ullmann S. 349; Obermeyer S. 129.
[57]) John in HH. III S. 196; Hälſchner II S. 852.
[58]) Binding Strafprozeß S. 113.

ſich die Formulierung des Abſatz II aus der geſchichtlichen Entwicklung. Da früher die Prozeßordnungen der einzelnen Länder bezüglich der Pflichten der Sachverſtändigen ſehr ſtark divergierten, wollte der Geſetzgeber ſeine Anſicht in dieſem Punkt beſonders klar hervorheben und nahm daher hier die „Pflicht zum Erſcheinen" in den Wortlaut des Tatbeſtandes auf.[59]) Tatſächlich muß aber auch in den Fällen des Abſ. I ſowohl Dingpflicht im allgemeinen als auch eine Pflicht zum Erſcheinen im beſonderen beſtehen; ſomit iſt die etwas ſchwerfällige Formulierung des Abſ. II heute als überflüſſig anzuſehen.[60])

So braucht z. B. der Reichspräſident einer Vorladung zur Abgabe eines Gutachtens niemals Folge zu leiſten; denn kraft ausdrücklicher geſetzlicher Beſtimmung iſt er als Zeuge in ſeiner Wohnung zu vernehmen[61]) und dieſe Regeln gelten auch für die Sachverſtändigen.[62]) Derſelbe Tatbeſtand liegt vor, wenn Mitglieder der Reichs- oder Landesregierung, des Reichs- oder Staatsrats, des Reichstags etc. während ihrer Tätigkeit außerhalb ihres Amtsſitzes vernommen werden ſollen, ohne daß die erforderliche Genehmigung der zuſtändigen Stellen eingeholt worden iſt.[63]) Falls dieſe Perſonen zur Abgabe eines Gutachtens vorgeladen werden, ſo können ſie das Delikt des § 138 nicht verwirklichen; es ergibt ſich dies unbeſtreitbar aus Abſ. II, da eine Verpflichtung zum Erſcheinen nicht beſteht. Der ratio legis entſprechend muß es jedoch ebenſo ſein, wenn die genannten Perſonen als Zeugen vorgeladen werden; auch hier iſt alſo das Vorliegen einer „Pflicht zum Erſcheinen" für erforderlich zu halten. Z. B. iſt in manchen Staatsverträgen vereinbart, daß Konſuln entweder allgemein oder unter gewiſſen Vorausſetzungen von der Pflicht befreit ſind, perſönlich vor Gericht zu erſcheinen;[64]) es kann hier nur Vernehmung in der Wohnung oder Veranlaſſung zu einer ſchriftlichen Erklärung ſtattfinden. In allen ſolchen Fällen iſt eine Zitierung des Dingpflichtigen vor Gericht und damit eine „Berufung" nicht möglich; der Tatbeſtand des § 138 kann wegen mangelnder Pflicht zum Erſcheinen nicht verwirklicht werden.[65])

2. Die Handlung des § 138.

a) Trotz beſtehender Pflicht zum Erſcheinen und ordnungsgemäßer Ladung begründet das Ausbleiben allein noch keine ſtrafbare Hand-

---

[59]) Vgl. Befeler S. 275.

[60]) So ſchon im Jahre 1853 Temme S. 676.

[61]) § 375 Abſ. II ZPO; § 49 StPO. Früher ſtand dies Privileg den Landesherren und den Mitgliedern der landesherrlichen Familien ſowie den Mitgliedern der fürſtlichen Familie Hohenzollern zu (vgl. § 71 Abſ. I StPO und § 340 Abſ. II ZPO alte Faſſung).

[62]) § 72 StPO; § 402 ZPO.

[63]) Vgl. § 382 ZPO; § 50 StPO.

[64]) z. B. Art. 12 Abſ. II Konſularvertrag zwiſchen dem Reiche und der Union der ſozialiſtiſchen Sowjetrepublik vom 12. X. 1925 (RGBl. 26 II S. 64/65); des-

lung. Zwar mögen die Zeugen etc., die in dem beſtimmten Termin nicht erſcheinen, eine Ordnungsſtrafe nach den Prozeßordnungen verwirkt haben; aber ein ſtrafrechtlich zu ahnendes Delikt iſt durch ihr Verhalten nicht begangen worden. Eine kriminelle Strafe tritt vielmehr erſt dann ein, wenn das Nichterſcheinen durch „Vorſchützen einer unwahren Tatſache" entſchuldigt wird. § 138 ſtellt inſoweit einen Fall einer ſtrafbaren uneidlichen Ausſage dar.[66]) Die Strafbeſtimmung gehört ſomit zu der großen Gruppe von Delikten, die nur durch eine „Aeußerung" begangen werden können, und die man kurz als „Aeußerungsdelikte" bezeichnen kann.[67])

Als Aeußerung iſt jede Handlung im weiteren Sinne anzuſehen, welche die Kundgebung, die Verſtändlichmachung eines Gedankens darſtellt. Im Gegenſatz zu den Aeußerungsdelikten ſtehen die ſog. Tathandlungen, welche nicht den Zweck haben auf die Pſyche einer eine andere Perſon einzuwirken, denen alſo der Kundgebungscharakter fehlt.[68]) Mit der Charakteriſierung einer Aeußerung als Kundgebung des Gedankens iſt bereits ausgedrückt, daß für den Begriff einer ſtrafrechtlich erheblichen Aeußerung ein Sinn, ein Gedankeninhalt erforderlich iſt;[69]) daß aber andererſeits die Form, in der dieſer Gedanke kundgetan wird, unmaßgeblich ſein muß. Es kann daher die im § 138 ſtrafbare Entſchuldigung ſowohl mündlich als auch ſchriftlich geſchehen;[70]) aber auch Geſten, Abbildungen etc. müſſen genügen, ſoweit ſich nur eine derartige Entſchuldigung überhaupt praktiſch vorſtellen läßt.[71])

Um feſtzuſtellen, ob eine Aeußerung tatbeſtandsmäßig iſt, iſt es ſtets erforderlich ihren Sinn zu erforſchen; der Wortlaut der Kundgebung allein kann nicht ausſchlaggebend ſein.[72]) So hatte z. B. das

---

gleichen Art. 18 Abſ. II Freundſchafts-, Handels- und Konſularvertrag mit den Vereinigten Staaten von Nordamerika vom 8. XII. 1923 (RGBl. 25 II S. 804/805. Auch ſchon früher beſtanden oft derartige Privilegien: vgl. Art. 3 Konſularvertrag mit Serbien (RGBl. 1883 S. 63) und Art. 10 Konſularvertrag mit Bulgarien (RGBl. 1913 S. 440/441).

[65]) Ebenſo iſt z. B. gemäß § 220 StPO. eine unmittelbar geladene Perſon nur dann zum Erſcheinen verpflichtet, wenn die geſetzliche Entſchädigung für Reiſe und Verſäumnis ſichergeſtellt wird. Aehnlich beſteht gemäß § 411 ZPO. keine Pflicht zum Erſcheinen, wenn vom Gericht nur ſchriftliche Begutachtung verlangt wird; ſie kann allerdings beſonders angeordnet werden, vgl. Abſ. III.

[66]) Olshauſen I S. 640.

[67]) So: Kern „Die Aeußerungsdelikte"; Mezger in Ger.S. Bd. 89 S. 264 u. in Feſtſchrift f. Traeger S. 200; vgl. auch Oetker in GA. Bd. 26 S. 254/255, 257; v. Liſzt (Reichspreßrecht) S. 136; Lorſch (Angegriffene etc. bei der Beleidigung) S. 34.

[68]) Kern a. a. O. S. 12; vgl. auch Kohler in GA. Bd. 45 S. 211; Olshauſen I S. 775.

[69]) Kern a. a. O. S. 9; Mezger in Feſtſchrift für Traeger S. 200; Engelhardt (Die Ehre) S. 33.

[70]) Oppenhoff S. 640; H. Seuffert S. 89; Gerland S. 385.

[71]) Kern a. a. O. S. 14 ff.

[72]) Kern S. 6 ff. Bei den ironiſchen Aeußerungen widerſpricht ſogar der Wortlaut aus dem Sinn der Kundgebung.

OLG Dresden folgenden Fall zu entſcheiden:[73]) Ein ausgebliebener Zeuge hatte ſich damit entſchuldigt, daß ihn die Mitteilung des Termins durch ſeinen Geſchäftsführer erſt einen Tag nach der fraglichen Sitzung erreicht hatte. Dieſe Ausſage war richtig; aber der Dingpflichtige hatte verſchwiegen, daß er von dem Termin auch ſchon durch eine Poſtkarte ſeiner Frau Kenntnis erhalten hatte. Es erfolgte Beſtrafung aus § 138, m. E. mit Recht, wenn auch mit unzutreffender Begründung.[74]) Denn der objektive Sinn der Ausſage des Zeugen war: „Ich habe von dem Termin nichts gewußt und konnte daher nicht kommen." Dieſen Sinn wollte er auch ſubjektiv durch ſeine Aeußerung erreichen, wobei die reservatio mentalis, daß er dem Wortlaut nach nichts Unwahres ſagte, unerheblich iſt. Die Aeußerung, d. h. der Sinn der Aeußerung war unwahr und es mußte daher Beſtrafung aus § 138 eintreten.

Bei der Unterſuchung des objektiven Tatbeſtandes iſt naturgemäß der „objektive" Sinn zu erforſchen.[75]) Um aber den objektiven Sinn einer Aeußerung in gerechter Weiſe feſtzuſtellen, müſſen wir die Umſtände mit berückſichtigen, unter denen die Aeußerung geſchah. So können Worte, die im allgemeinen beleidigend ſind, unter gewiſſen Umſtänden keineswegs als Beleidigung angeſehen werden. Wenn aber die Umſtände die Aeußerung als Beleidigung erſcheinen laſſen, dann iſt es für den objektiven Tatbeſtand gleichgültig, ob der Täter auch ſubjektiv mit der Kundgebung einen beleidigenden Sinn verbinden wollte. Dies gehört in die Unterſuchung des ſubjektiven Tatbeſtandes. Dagegen ſind die äußeren Verhältniſſe, unter denen die Aeußerung abgegeben wurde, etwas objektiv gegebenes, oft ergibt ſich erſt aus ihnen überhaupt der „Sinn" der Kundgebung.[76])

Die Aeußerung, die im § 138 beſtraft wird, iſt die unwahre „Entſchuldigung" des Dingpflichtigen. Was mit dem wahrheitswidrigen Vorbringen entſchuldigt werden muß, wird in dem Tatbeſtand ausdrücklich nicht geſagt. Aus den oben angeſtellten Erörterungen über die „Pflicht zum Erſcheinen" ergibt ſich jedoch ſchon, daß nur die Entſchuldigung des „Ausbleibens im Termin" gemeint ſein kann, wie dies auch aus dem Wortlaut des Abſ. II und III folgt. Heute wird

[73]) OLG Urteil v. 2. April 1913; abgedruckt i. ſächſ. Archiv 9. Jahrg. S. 443 ff.

[74]) Das OLG Dresden begründet die Strafbarkeit des Zeugen damit, daß er infolge der amtlichen Befragung rechtlich verpflichtet geweſen ſei, die Urſache ſeines Ausbleibens „in vollem Umfange und durchweg der Wahrheit entſprechend" zu erklären (zuſtimmend Ebermayer S. 487). M. E. iſt eine ſolche Rechtspflicht nirgends erſichtlich, ſondern der Zeuge braucht ſich überhaupt nicht zu entſchuldigen, ohne daß er ſich dadurch kriminell ſtrafbar macht.

[75]) Mezger in GA 89, 264, 265 und in Feſtſchrift für Traeger S. 201; Kern a. a. O. S. 20 ff. und in „Die ſyſtematiſche Abgrenzung etc." S. 16; Engelhardt (Die Ehre) S. 107.

[76]) Zu dieſen Umſtänden ſind zu rechnen z. B. das — objektiv gegebene — Verhältnis der Beteiligten zueinander, die Stellung des Aeußernden, die Stellung des Deſtinatärs, Ort und Zeit der Aeußerung uſw.

das faſt allgemein anerkannt,[77]) war jedoch früher ſehr beſtritten. Ein großer Teil der Literatur nahm an, daß § 138 auch auf den Dingpflichtigen anzuwenden ſei, der zwar erſcheint, aber unter Berufung auf eine unwahre Tatſache ſeine Ausſage oder die Erfüllung ſeiner richterlichen Tätigkeit verweigert.[78]) Ein unwiderlegbares Argument gegen dieſe Anſicht bietet m. E. Abſ. 3, der die auf das „Nichterſcheinen" geſetzten Ordnungsſtrafen ausdrücklich aufrecht erhält. Denn da die Prozeßordnungen auch ſonſt Ordnungsſtrafen androhen, z. B. bei Geſchworenen und Schöffen für die „Entziehung ihrer Obliegenheiten" und bei Zeugen und Sachverſtändigen für „die Weigerung des Zeugniſſes" bezw. „der Erſtattung des Gutachtens",[79]) ſo wären nach einem argumentum e contrario tatſächlich dieſe Beſtimmungen durch § 138 aufgehoben, wenn ſich dieſe Strafnorm ganz allgemein auch auf die Verweigerung der richterlichen Tätigkeit bezw. der Zeugen- und Sachverſtändigenausſage beziehen würde.[80]) Eine ſolche Abſicht wird aber von niemand angenommen und würde auch nicht dem Sinn und Zweck des Geſetzes entſprechen. Auch die Tatſache, daß in den Entwürfen eines neuen StGB. von 1913 und 1919 die Strafandrohung ausdrücklich auf die Verweigerung der Ausſage und des Gutachtens ausgedehnt worden iſt,[81]) läßt einen Schluß darauf zu, daß § 138 in ſeiner heutigen Form ſich nur auf die Entſchuldigung des „Ausbleibens" bezieht.

Gleichzeitig iſt Abſ. III ein Beweis dafür, daß die Entſchuldigung des verſpäteten Erſcheinens oder des verfrühten Sichentfernens nicht unter § 138 fällt; denn ſonſt hätten ſtreng genommen auch die Ordnungsſtrafen für nicht rechtzeitiges Erſcheinen aufrechterhalten werden müſſen.[82]) Auch ſonſt wird durch den Wortlaut des § 138 nur der Fall des vollkommenen Nichterſcheinens erfaßt, ſodaß eine Ausdehnung auf die Fälle des nicht rechtzeitigen Erſcheinens eine Durchbrechung des Grundſatzes „nulla poena sine lege" bedeuten würde. Die in der Literatur häufig vertretene gegenteilige Meinung[83]) iſt m. E. auch rechtspolitiſch nicht haltbar, da doch die öffentliche Ordnung durch ein bloß nicht rechtzeitiges Erſcheinen nur in geringem Maße geſtört wird, und ein ſolches Handeln nicht kriminell ſtraf-

---

[77]) So: Frank S. 336; Schwartz S. 348; v. Liſzt S. 849; Olshauſen I S. 639; Wachenfeld S. 578; Rubo S. 628; John HH. III S. 196; Hälſchner II S. 853; Merkel S. 409; Ebermayer S. 486; v. Schwarze S. 433; Temme S. 676; OLG. München in ME. X S. 88.

[78]) Berner S. 413; Gerland S. 385; Rüdorff S. 350; Binding LB. II S. 550 (ausdrücklich nur bezüglich Schöffen und Geſchworene); Oppenhoff S. 357 (ausdrücklich nur bezüglich Zeugen und Sachverſtändigen; früher Frank (5.—7. Aufl. 1908) S. 243.

[79]) § 56 GVG.: §§ 390, 419 ZPO.; §§ 70, 77 StPO.: §§ 202, 203, 213 MStGO.

[80]) So mit Recht Schwartz S. 349.

[81]) Vgl. § 235 bezw. § 228 a. a. O.

[82]) z. B. § 56 GVG.

[83]) OLG. München in ME. VI S. 703; Rubo S. 628; Oppenhoff S. 357; Olshauſen I S. 639; Binding Lb. II S. 55.

würdig erſcheint. Es iſt allerdings zuzugeben, daß in gewiſſen Ausnahmefällen auch ein nicht rechtzeitiges Erſcheinen den geordneten Gang der Rechtspflege faſt ebenſo ſtark beeinträchtigen kann als ein völliges Nichterſcheinen. So z. B. wenn ſich ein Zeuge vor ſeiner Vernehmung entfernt,[84]) oder erſt nach ſchon erfolgter Entlaſſung eines Gegenzeugen eintrifft, mit dem er konfrontiert werden ſollte. In ſolchen Fällen verſagt eben das Geſetz. Ob für eine Beſtrafung nach der Prozeßordnung ein nicht rechtzeitiges Erſcheinen dem völligen Ausbleiben gleichgeſetzt werden kann, hat mit der hier zu erörternden Frage nichts zu tun.[85]) Eine Analogie zu Ungunſten des Angeklagten iſt im Strafrecht nicht zuläſſig, und da ſich § 138 ſeinem Wortlaut nach nur auf die Fälle der Entſchuldigung des „Nichterſcheinens" bezieht iſt eine kriminelle Beſtrafung hier nicht möglich.

Als ein Nichterſcheinen iſt es allerdings aufzufaſſen, wenn der Dingpflichtige nur infolge zwangsweiſer Vorführung vor Gericht auftritt;[86]) denn mit dem Begriff des „Erſcheinens" iſt ein freiwilliges Kommen gemeint. Das Vorbringen eines Vorgeführten iſt alſo eine „Entſchuldigung des Ausbleibens", es ſei denn, daß der Dingpflichtige darlegt, daß er auch ohne Zwang — wenn auch mit Verſpätung — erſchienen wäre.[87]) Ebenſo kann ein Dingpflichtiger nicht als „erſchienen" gelten, wenn er lediglich kommt, um ſich zu entſchuldigen. Denn hier will er nach ſeinem eigenen Willen als nicht erſchienen gelten, er „erſcheint, um nicht zu erſcheinen".[88]) Bei Angabe von falſchen Gründen iſt hier § 138 anwendbar; es wäre auch ungerecht, wenn in ſolchen Fällen daraus ein Vorteil gezogen werden könnte, daß die Entſchuldigung zufällig gerade im Termin vorgebracht wird. Ort und Zeit der ſtrafbaren Aeußerung ſind vielmehr nach dem Tatbeſtand des § 138 als vollkommen unweſentlich anzuſehen, daher fällt z. B. auch eine nachträgliche „Entſchuldigung des Ausbleibens" noch unter das Delikt der Dingpflichtshinterziehung.[89])

Nicht jede wahrheitswidrige „Entſchuldigung des Ausbleibens" iſt nach § 138 ſtrafbar, ſondern nur diejenige, die durch das Vorſchützen „unwahrer Tatſachen" begründet wird. Der Ausdruck „Tat-

[84]) Allerdings beſtehen auch hier noch Unterſchiede; z. B. hat der Richter einen perſönlichen Eindruck des Zeugen bereits gewonnen, weiterhin kann die Anweſenheit leicht durch zwangsweiſe Vorführung erreicht werden.

[85]) Auch dies iſt zweifelhaft, allerdings nimmt die h. L. Strafbarkeit an. Vgl. dazu: Dochow S. 46; GA. Bd. 69 S. 230; Löwe-Roſenberg S. 177; Geyer S. 513; Seuffert-Walsmann S. 608; Stein-Jonas S. 1060; Freudenthal S. 405; Struckmann-Koch S. 407.

[86]) Daher m. E. im Ergebnis richtig die Entſcheidung des OLG. München in ME. VI S. 700 ff.

[87]) Dann iſt aber auch das Erſcheinen nicht „nur" durch die zwangsweiſe Vorführung veranlaßt.

[88]) John in HH III, S. 196.

[89]) v. Hippel S. 332; Rüdorff S. 350; Dalcke S. 822; Olshauſen I S. 241; Hälſchner II S. 853; Frank S. 336; Schwartz S. 349; Oppenhoff S. 357; v. Liſzt S. 849; Ebermayer S. 487; Merkel S. 409; Mayer-Allfeld S. 586; Thomſen S. 247;

ſache“ kehrt auch ſonſt des öfteren im Strafgeſetzbuch wieder, ſo z. B. in den §§ 131, 144, 186, 187, 263, 271 etc., und findet ſich auch ſonſt in vielen Geſetzen.[90]) Es hat daher dieſer Begriff in der Literatur ſchon ſehr viele Auslegungen und Würdigungen erfahren. Es dürfte über den Rahmen dieſer Arbeit hinausgehen, alle Anſchauungen wiederzugeben, die über den Ausdruck „Tatſache“ beſtanden haben und auch heute noch beſtehen; dies iſt um ſo weniger nötig, da der Begriff heute auf Grund von Rechtſprechung und herrſchender Literatur im Strafrecht als ziemlich feſtſtehend angeſehen werden kann.

Im Grunde genommen bedeutet das Wort Tatſache „alles was iſt“. Die Erklärung Tatſache gleich Exiſtenz kann man direkt als eine Tautologie bezeichnen.[91]) Es fällt alſo unter dieſen Tatſachenbegriff alles was wahr, alles was wirklich iſt.[92]) Dazu ſind m. E. im weiteſten Sinne auch die zukünftigen Ereigniſſe, die ſich wirklich abſpielen, zu rechnen; denn wenn bzw. weil ſie beſtimmt eintreffen, ſind ſie ſchon heute „Tatſache“.

Mit einem ſolchen Tatſachenbegriff kann nun allerdings keine Wiſſenſchaft etwas anfangen. Denn da im Grunde genommen das Endziel des menſchlichen Strebens die Erfaſſung der Wahrheit, des Tatſächlichen iſt, ſo kann dieſe Bezeichnung nicht ſchon auf dem Weg zu dieſem Ziel in ihrer eigentlichen Bedeutung gebraucht werden. Jede Wiſſenſchaft muß ſich daher einen beſonderen, engeren Begriff ſchaffen, der unter das Wort „Tatſache“ fällt, einen Begriff, den ſie praktiſch gebrauchen kann. So wird z. B. der Philoſoph meiſt vom Individuum aus gehen und „alles Erkennbare“ als Tatſache bezeichnen;[93]) dagegen wird die Mathematik nur das als Tatſache anerkennen, was objektiv bewieſen werden kann. Der Begriff der Strafrechtswiſſenſchaft liegt zwiſchen dieſen beiden Auffaſſungen.

Im Strafrecht iſt alles das Tatſache, was im täglichen Leben als Tatſache angeſehen wird; und im täglichen Leben wird alles das als Tatſache angeſehen, deſſen Vorhandenſein ſchlechthin bewieſen werden kann. Es gehören alſo zu den Tatſachen alle diejenigen konkreten Vorgänge und Zuſtände,[94]) von deren Beſtehen man einen

Göbel S. 140; John in HH III S. 197; Gerland S. 385. RG in RGStr. 18, 442 und 29, 317; OLG Dresden in Sächſ. Archiv 19/20, S. 443; OLG Frankfurt in GA 40, 457; OLG München in ME X S. 88. Anderer Anſicht: Berner S. 414; früher Oppenhoff (13. Aufl.) S. 349; OLG Frankfurt in GA 37, 304 (Anſicht geändert in GA 40, 457).

[90]) Vgl. die Aufzählungen bei Mannheim S. 41; Stein (Privates Wiſſen) S. 5 und 7; Mezger, Arch. ziv. Prax., Bd. 117, Beilageheft S. 26.

[91]) Vgl. L. Grunicke „Der Begriff der Tatſache in der poſitiviſtiſchen Philoſophie des 19. Jahrhundert“ S. 19.

[92]) Vgl. Groß S. 169; Heilbronner S. 6; Friedſam S. 23.

[93]) L. Grunicke a. a. O. S. 44 („Aeußere und innere Wahrnehmungen“).

[94]) Dieſe gehören auch zu den Tatſachen, denn ſie ſtellen im Grunde genommen hiſtoriſche Geſchehniſſe dar; vgl. Sauer (Die Ehre) S. 104; Mezger a. a. O. S. 30.

anderen überzeugen kann. Damit ſcheiden aus dem ſtrafrechtlichen Begriff der Tatſache die zukünftigen Ereigniſſe aus;[95]) denn da dieſe niemals mit Sicherheit im voraus zu beſtimmen ſind, ſo iſt hier eine Beweismöglichkeit nicht gegeben.

Daß für den Begriff der „Tatſachen" im Strafrecht die Beweisbarkeit charakteriſtiſch iſt, wird ſowohl von der Rechtſprechung als auch von der herrſchenden Literatur vertreten.[96]) Es entſpricht m. E. dies Merkmal dem allgemeinen Sprachgebrauch; denn ſobald für einen Vorgang der Beweis erbracht iſt, gilt er im täglichen Leben als Tatſache, wobei durchaus möglich iſt, daß das Ereignis ſich in Wirklichkeit nicht abgeſpielt hat, alſo nicht „Tatſache" in der Grundbedeutung des Wortes iſt.

Da, wie wir oben feſtgeſtellt haben, der Begriff der Tatſache im eigentlichen Sinne alles Wirkliche, alles Wahre bedeutet, ſo kann man meinen, daß der Ausdruck „unwahre Tatſachen" ein Widerſpruch in ſich ſelbſt iſt. Darauf haben auch ſchon viele mit einem gewiſſen Recht hingewieſen.[97]) Aber es muß beachtet werden, daß das Geſetz ſtets nur von „behaupteten", von „vorgeſchützten", „vorgeſpiegelten" und dergleichen Tatſachen ſpricht. In dieſem Sinne bedeutet Tatſache alles das, was als wirklich vorhanden hingeſtellt wird, alſo jeder Vorgang der Gegenwart oder Vergangenheit, von dem der Aeußernde behauptet, daß er objektiv beweisbar iſt.

Anſcheinend iſt hiermit der Begriff der Tatſachenbehauptung außerordentlich weit geworden, denn ſchließlich kann jede Aeußerung als beweisbar hingeſtellt werden. Hierbei iſt jedoch zunächſt zu beachten, daß es ſich ſtets um einen beſtimmten und konkreten, in ſeiner Individualität erkennbaren Vorgang oder Zuſtand handeln muß,[98]) da ſonſt der allgemeine Sprachgebrauch des Wortes „Tatſache" nicht zutrifft. Weiterhin muß die Beweisbarkeit objektiv vorhanden ſein, d. h. man muß jeden Dritten von der Richtigkeit des

[95]) So die h. L., z. B.: Meyer-Allfeld S. 378; Olshauſen I S. 611; v. Liſzt-Schmidt S. 517; Frank S. 581; Jückſtock S. 15, 16; v. Lilienthal in Rv.D., Beſ. Teil Bd. IV S. 391; Sauer a. a. O. S. 104; Mezger a. a. O. S. 32; Heilbronner S. 6; RGStr. Bd. 20 S. 143. Auch zukünftige Ereigniſſe rechnen zu den Tatſachen: Binding I S. 346; Rommel (Der Betrug) S. 18; Haager, Gerichtsſaal Bd. 27 S. 578. Nur gegenwärtige Ereigniſſe rechnen zu den Tatſachen: Merkel in HH III S. 753; Schwarze S. 764.

[96]) RG in RGStr. Bd. 31 S. 284; Bd. 41 S. 194; Bd. 55 S. 131; v. Lilienthal in Rv. D. beſ. Teil, Bd. IV S. 391; Olshauſen I S. 611; Ebermayer S. 469; Schwarz S. 349; v. Liſzt-Schmidt S. 514; Sauer a. a. O. S. 106, 107; a. A.: Binding I 346 („Tatſache iſt alles, was gewußt werden kann"); Frank S. 581 („Tatſache iſt alles, was wahrnehmbar iſt"); Friedſam S. 23 („Tatſache iſt alles, was überhaupt geſchehen oder vorhanden ſein kann") uſw.

[97]) Groß (Der Raritätenbetrug) S. 169; Heilbronner S. 6; Rommel (Betrug) S. 35.

[98]) So wohl alle: vgl. Kern (Aeußerungsdelikte) S. 39; Sauer a. a. O., S. 104/105; Heilbronner S. 8; Jückſtock S. 19/20; Ebermayer S. 468; Oppenhoff S. 666; RG in JW 1922 S. 1208 uſw.

Vorganges überzeugen können. Daher iſt alles, wofür es eine objektive Beweisbarkeit nicht gibt, den Begriff der „Tatſache, entzogen, ſo z. B. ſubjektive Anſchauungen, Hypotheſen, Werturteile und dergleichen.[99])

Naturgemäß iſt eine Aeußerung ſtets dann beweisbar, wenn ſie durch wahrnehmbare Ereigniſſe der Außenwelt belegt werden kann. Jedoch iſt es m. E. falſch, den Begriff der Tatſache auf ſolche Begebenheiten zu beſchränken, die mittels der Sinne wahrgenommen werden können, alſo nur Vorgänge der Außenwelt als Tatſachen anzuſehen.[100]) Dem widerſpricht ſchon der Sprachgebrauch des täglichen Lebens. Vielmehr ſind auch ſolche Vorgänge und Zuſtände Tatſachen, die auf Grund äußerer Ereigniſſe mittels der geiſtigen Kräfte des Menſchen erkannt werden,[101]) ſoweit „dieſe Dinge eine ſelbſtändige, von dem Willen und Denken eines einzelnen unabhängige, erkennbaren Exiſtenz haben".[102]) Denn es wird mit Recht geſagt, daß auch ſchon die Wahrnehmen von Vorgängen der Außenwelt in gewiſſer Beziehung ein „Urteil" bedeutet,[103]) ſodaß ſich hier eine ſcharfe Grenze überhaupt nicht ziehen läßt. So ſind z. B. die ſogenannten inneren Tatſachen abſolut nicht beweisbar, wohl aber nach den Begriffen des täglichen Lebens. Das Vorhandenſein innerer Tatſachen wird dann als gegeben angeſehen, wenn ein derartiger konkreter Vorgang oder Zuſtand durch Handlungen, Aeußerungen und dergleichen erkennbar und damit ſchlechthin beweisbar geworden iſt.[104]) Ob es ſich um innere Vorgänge des Täters oder dritter Perſonen handelt, muß naturgemäß gleichgültig ſein, jedoch wird in erſterem Falle eine Beweismöglichkeit meiſt ſchwerer gegeben ſein. Allerdings iſt beſonders bei den inneren Tatſachen ſtets zu beachten, daß im Strafrecht zum objektiven Tatbeſtand auch noch die ſubjektive Seite vorhanden ſein muß. Zu einer ſtrafrechtlichen relevanten Tatſachenbehauptung gehört demnach auch, daß ſie im Bewußtſein ihrer Beweisbarkeit abgegeben worden iſt, daß alſo der Vorſatz des Aeußernden ſich darauf erſtreckte, ſeine Behauptung durch wahrnehmbare Vorgänge der Außenwelt zu beweiſen.

[99]) Hälſchner II S. 263/264; Olshauſen II S. 1373; Ebermayer S. 469; v. Liſzt-Schmidt S. 514; Kern (Aeußerungsdelikte) S. 39; Jückſtock S. 21; Engelhardt S. 35; Liepmann, Rv. D., beſ. Teil Bd. IV S. 261. RG in JW 1914 S. 890, in RGStr. Bd. 56 S. 231, in JW 1922 S. 1208.

[100]) Merkel in HH III S. 753; Schwarze S. 764.

[101]) Olshauſen II S. 1374; Heilbronner a. a. O. S. 9; Oppenhoff S. 665; vgl. auch RG in Rechtſpr. des RG Bd. 1 S. 196/197 u. Bd. 3 S. 579 (Tatſache iſt das Beſtehen oder Nichtbeſtehen einer Rechtsnorm).

[102]) Heilbronner a. a. O. S. 9.

[103]) RG in RGStr. Bd. 29 S. 41; Stein a. a. O. S. 8; Liepmann Rv. D. Bd. IV S. 261.

[104]) Die h. L. bejaht die Möglichkeit „innerer" Tatſachen; vgl. RG in RGStr. Bd. 41 S. 194; 55, S. 131; 56, S. 231; Sauer S. 104; Friedſam S. 23; Frank S. 582; Jückſtock S. 26; Ebermayer S. 468/469; Meyer-Allfeld S. 378; Mezger a. a. O. S. 30; Endemann I S. 259; Haager a. a. O. S. 578; Zimmermann Ger.S. Bd. 29 S. 142; Olshauſen II S. 1374 und die dort angeführte Literatur.

Ob eine vorgebrachte Tatſache wahr oder unwahr iſt, hat der Richter feſtzuſtellen. Mit Recht wendet ſich hier Mezgar [105]) gegen die von M. E. Mayer aufgeſtellte Behauptung, daß der Begriff der unwahren Tatſache zu den normativen Tatbeſtandselementen im engeren Sinn zu rechnen ſei; [106]) denn eine normative Bewertung, ſei ſie juriſtiſcher, ethiſcher, wirtſchaftlicher oder ſonſtiger Art, wird hier nicht vorgenommen. Der Richter muß vielmehr ſowohl die nach dem Sinn der Aeußerung des Täters vorgebrachte Tatſache als auch die in der objektiven Wirklichkeit vorhandene Tatſache kognitiv feſtſtellen und beide miteinander vergleichen, um die Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung zu erkennen. Identiſch mit dem Tatbeſtandsmerkmal der „unwahren Tatſache" iſt der in § 131 StGB gebrauchte Begriff der „erdichteten oder entſtellten Tatſache"; denn die allein möglichen Fälle des unwahren Vorbringens ſind, daß die Tatſachen entweder überhaupt nicht beſtanden haben, alſo erdichtet, oder daß ſie in mehr oder minder großem Umfange gefälſcht, d. h. entſtellt ſind.[107])

Als „unwahre Tatſache" des Delikts aus § 138 kann jeder Grund vorgeſchützt werden, der das Ausbleiben des Dingpflichtigen als gerechtfertigt erſcheinen läßt. Abgelehnt werden muß die Anſicht von Olshauſen, wenn er ſagt, daß eine Beſtrafung aus § 138 niemals dann eintreten kann, wenn als Grund des Nichterſcheinens ein „Recht" zur Verweigerung der Inanſpruchnahme geltend gemacht wird.[108]) Er folgert dies aus der Behauptung, daß eine „Weigerung" den Gegenſatz zu der nach § 138 ſtrafbaren „Entſchuldigung" bilde, denn derjenige, der eine Weigerung vorbringe beſtreite ſeine Verpflichtung, während eine Entſchuldigung nur derjenige vorbringen könne, der ſeine Verpflichtung anerkenne. Bei konſequenter Durchführung dieſes Gedankens kämen wir alſo zu der Schlußfolgerung, daß ein Berufener, der ſich unter Angabe falſcher Tatſachen als überhaupt nicht dingpflichtig oder nicht zum Erſcheinen verpflichtet hinſtellt, nicht ſtrafbar wäre.

Dieſes Ergebnis iſt unhaltbar und nicht dem Sinn des Geſetzes entſprechend; denn jemand, der ſich unberechtigterweiſe „weigert", iſt rechtspolitiſch als noch ſtrafwürdiger anzuſehen als der, der unberechtigterweiſe um Diſpens bittet. Zu einer ſolchen Auslegung, wie ſie Olshauſen vornimmt, bietet aber m. E. auch der Wortlaut des § 138 keinen Anlaß und das Ergebnis wird daher faſt allgemein abgelehnt.[109]) Wir müſſen nicht davon ausgehen, ob ſich der Berufene für verpflichtet hält oder ob er verpflichtet ſein will, ſondern ob er

[105]) Mezger in Feſtſchrift f. Traeger S. 218.
[106]) M. E. Mayer S. 182.
[107]) Ebenſo Olshauſen I S. 640; Schwarz S. 349.
[108]) Olshauſen I S. 639; zuſtimmend Hälſchner II S. 853; früher Frank (3. bis 4. Auflage, 1903) S. 199.
[109]) Rüdorff S. 350; Ebermayer S. 486; Binding II S. 550; Frank (5.—7. Aufl., 1908) S. 243; OLG Jena 1877 in Thür. Bl. Bd. 24 S. 276.

objektiv verpflichtet iſt. Wenn durch die Vorladung für ihn eine Pflicht zum Erſcheinen gegeben iſt, dann ſind alle Gründe, die er dagegen vorbringt „Entſchuldigungsgründe". Man kann ſich alſo ſehr wohl auch dadurch „entſchuldigen", daß man ein angebliches „Recht" zur Verweigerung der Inanſpruchnahme geltend macht. Entſchuldigung iſt, wie Stein ſehr richtig ſagt, „eine Tätigkeit, um die Unterlaſſung als nicht pflichtwidrig hinzuſtellen".[110])

Es gehören alſo zu den nach § 138 ſtrafbaren unwahren Tatſachen alle diejenigen Gründe, die eine Pflicht zum Erſcheinen vollkommen ausſchließen, wie z. B. die Bekleidung gewiſſer hoher Aemter, als auch insbeſondere alle diejenigen Gründe, die zwar das Recht des Gerichts auf Berufung unberührt laſſen, deren Vorbringen aber dennoch das Ausbleiben des Gerichtspflichtigen entſchuldigt. Dieſe Gründe ſind von den obengenannten ſcharf zu unterſcheiden, denn die Ladung bleibt trotz des Vorliegens ſolcher Tatſachen rechtswirkſam und verpflichtet den Berufenen zum Erſcheinen, es ſei denn, daß er ſeine Entſchuldigung geltend macht und dieſe als genügend befunden wird. Tatſachen dieſer Art ſind z. B. Krankheit, unaufſchiebbare Geſchäfte,[111]) Abweſenheit vom Wohnort,[112]) religiöſe Rückſichten wie z. B. Feiertage [113]) und ähnliche Ereigniſſe.[114]) Das Recht zur Verweigerung von Zeugnis oder Gutachten befreit als ſolches nicht von der Pflicht zum Erſcheinen, es kann jedoch vom Gericht unter Umſtänden als genügende Entſchuldigung des Ausbleibens angeſehen werden.[115]) Anders iſt dies im Zivilprozeßverfahren, wenn der Zeuge oder Sachverſtändige ſein Verweigerungsrecht vorher ſchriftlich oder zu Protokoll der Geſchäftsſtelle mitgeteilt hat; in dieſem Falle iſt gemäß § 386 Abſ. III ZPO ein Erſcheinen im Termin generell nicht erforderlich.

b) § 138 ſagt nicht, an wen die unwahre Entſchuldigung gerichtet werden muß, um den wirklichen Tatbeſtand zu erfüllen, d. h. es wird nicht der ſog. „Deſtinatär" [116]) der Aeußerung genannt. Daß ein ſolcher überhaupt vorhanden ſein muß, ergibt ſich ſchon aus dem Begriff der „Entſchuldigung", denn von einer ſolchen kann nur dann geſprochen werden, wenn die Aeußerung einem Dritten gegenüber erfolgt. Aber nicht jeder Dritte kann genügen. So liegt z. B. ein Vergehen gegen § 138 ſicherlich nicht vor, wenn der Hauptzeuge einer

[110]) Stein-Jonas I S. 1062.
[111]) Seufferts Arch. Bd. 70 S. 211; RG in JW 1901 S. 371.
[112]) Rechtſpr. des OLG Bd. 23 S. 180.
[113]) Bl. f. Rechtspfl. im Bezirk des Kammergerichts, II. Jahrg., S. 110/111; badiſche Rechtspraxis 05 S. 360.
[114]) Vgl. auch JW 96 S. 586 (Nichterſcheinen wegen vermeintlicher Fortdauer eines geltendgemachten, inzwiſchen erledigten Zeugnisverweigerungsgrundes); Seufferts Archiv Bd. 56 S. 33 (Nichtbeantwortung des Geſuchs um Verlegung); Rechtſpr. des OLG Bd. 20 S. 322 (Abbeſtellung durch den Anwalt); uſw.
[115]) Löwe-Roſenberg S. 140.
[116]) Vgl. Kern (Aeußerungsdelikte) S. 31; Oetker in GA Bd. 26 S. 277; Lorſch S. 36.

Partei gegenüber, z. B. um dieſer einen Schrecken einzujagen, die unwahre Erklärung abgibt, er könne wegen einer wichtigen Angelegenheit nicht zum Termin erſcheinen. Es wird alſo ein beſtimmter Deſtinatär gefordert, und zwar muß die Erklärung notwendigerweiſe an diejenige Stelle gerichtet ſein, die von der Pflicht zum Erſcheinen entbinden kann.[117]) Es folgt dies aus dem Sinn des Geſetzes, insbeſondere aus der Tatſache, daß § 138 ein Vergehen gegen die „öffentliche Ordnung" darſtellt; denn die öffentliche Ordnung wird erſt dann gefährdet, wenn die Entſchuldigung an die zuſtändige Stelle gelangt, vorher iſt ſie für den Gang der Rechtspflege ohne Bedeutung.[118])

Wer die zuſtändige Stelle iſt, d. h. wer vom Erſcheinen entbinden kann und ſomit zur Entgegennahme der Entſchuldigungserklärungen legitimiert iſt, ergibt ſich wiederum aus den einzelnen Prozeßordnungen, die für die unter § 138 fallenden Verfahrensarten entſtehen. Nach Eröffnung der Verhandlung wird meiſt das Gericht ſelbſt die zuſtändige Stelle ſein, vorher wohl im allgemeinen der Vorſitzende. Eine ſpezielle Beſtimmung beſteht hier lediglich für die Entſchuldigung der Schöffen im § 54 GVG, wonach ſtets der Amtsrichter für die Befreiung von einem Termin die zuſtändige Stelle iſt.

Von den zuſtändigen Stellen können auch andere, insbeſondere untergeordnete Beamte zur Entgegennahme der Entſchuldigungen ermächtigt werden; dann vertreten dieſe inſoweit den Empfangsgegner der Aeußerung und ſind daher auch als taugliche Deſtinatäre anzuſehen.[119]) Richtet der Dingpflichtige ſein Geſuch an eine falſche Stelle[120]) ſo genügt es, wenn dieſe ſeinem Willen entſprechend die Aeußerung an den zuſtändigen Deſtinatär weiterleitet.[121]) Es gelten hier die allgemeinen Regeln, d. h. die Durchgangsſtelle wird meiſt ein ohne dolus handelndes Werkzeug, eventuell allerdings auch ein doloſer Gehilfe für das Delikt aus § 138 ſein.[122])

II. Rechtswidrigkeit.

Betreffend die Rechtswidrigkeit gilt für das Delikt des § 138 nichts beſonderes. Der Dingpflichtige, welcher den Tatbeſtand des § 138 verwirklicht, handelt damit rechtswidrig, es ſei denn, daß ihm ein Unrechtsausſchließungsgrund zur Seite ſteht.[123]) In Bezug auf

[117]) Frank S. 336; Ebermayer S. 487; Olshauſen I S. 640; Schwarz S. 349; Binding II S. 550.

[118]) Vgl. RG in RGStr. Bd. 47 S. 158/159.

[119]) Olshauſen I S. 640; vgl. auch RGStr. 38 S. 21.

[120]) Vgl. den Fall in den Annalen des RG Bd. 27 S. 111 (Geſuch wurde an die Staatsanwaltſchaft gerichtet); dazu Oppenhoff S. 640.

[121]) Vgl. Olshauſen I, S. 725; RGStr. 27, S. 51.

[122]) So mit Recht Kern a. a. O. S. 32, der die beſondere Konſtruktion eines „Gedankenträgers" von Oetker S. 281 und Lorſch S. 41 ablehnt.

[123]) Mezger S. 182; vgl. auch Kern (Beleidigung) S. 46.

ſolche Gründe kommen die allgemeinen Regeln des Strafrechts zur Anwendung, es kann alſo die Rechtswidrigkeit insbeſondere ausgeſchloſſen werden durch beſondere Handlungspflichten, z. B. wegen bindenden Befehls, oder durch Notrechte, wie z. B. bei Vorliegen eines übergeſetzlichen Notſtands.

III. Die Schuldseite.

Aus dem Ausdruck „vorſchützen" ergibt ſich klar, daß das Delikt des § 138 nicht fahrläſſig begangen werden kann, ſondern daß ſtets Vorſatz gegeben ſein muß.[124]) Für den Begriff des vorſätzlichen Handelns genügt, wie heute allgemein angenommen wird, ſowohl dolus directus als auch dolus eventualis. Bei dem Delikt des § 138 iſt jedoch die Einſchränkung zu machen, daß für ein Tatbeſtandsmerkmal nur dolus directus als genügende Schuldform anzuſehen iſt: der Täter muß m. E. poſitiv wiſſen, daß die von ihm vorgebrachte Tatſache unwahr iſt. Dasſelbe gilt für Art. 236 Code Pénal, „il faut que le témoin ou le juré ait agi sciemment".[125]) Für § 138 StGB ſchließt den dolus eventualis ausdrücklich aus Beling,[126]) und eine ganze Reihe anderer Schriftſteller verlangen „wiſſentliches" Handeln,[127]) womit ſie augenſcheinlich auch nur den unbedingten Vorſatz gelten laſſen wollen. Es ergibt ſich dies zunächſt ſchon aus dem Wortlaut, da man eine unwahre Tatſache nur „vorſchützen" kann, wenn man ihre Unwahrheit kennt. Weiterhin folgt es jedoch insbeſondere aus dem Sinn des Geſetzes; denn der Dingpflichtige, der nur eine möglicherweiſe unwahre Entſchuldigung vorbringt, ſchädigt den geordneten Gang der Rechtspflege nur in ſehr geringem Maße. Auch ſein Wollen iſt in allen Fällen, in denen er die Unwahrheit ſeiner Entſchuldigung nicht poſitiv kennt, derartig wenig verbrecheriſch, daß er m. E. gemäß der ratio legis nicht beſtraft werden ſoll. Es handelt ſich hier, wie Beling [128]) ſehr richtig bemerkt, um einen Fall, bei dem „das analoge Handeln im Zweifel ein weſentlich anderes Geſicht hat" und bei dem daher dolus eventualis ausgeſchloſſen iſt.

Eine über den Vorſatz hinausgehende „Abſicht" wird im § 138 nicht gefordert. Da ſich dies ohne jeden Zweifel aus dem Tatbeſtand ergibt, ſoll dieſe Frage nur kurz gemäß der herrſchenden Lehre hier im ſubjektiven Tatbeſtand geſtreift werden, ohne näher darauf einzugehen, ob die „Abſicht" als Schuld- oder etwa als Unrechtselement

[124]) Hälſchner II S. 853; Oppenhoff S. 357; Berner S. 404; Binding II S. 551; Rubo S. 628; Befeler S. 275. Vgl. auch OLG. Dresden in Sächſ. Archiv Nr. 19/20 S. 423; Entſch. d. Militär-Ger. Bd. 19 S. 308.

[125]) Vgl. MM Dalloz p. 328.

[126]) Beling, Normen II 2 S. 871 Anm. 20: „Auch § 138 iſt natürlich ſo auszulegen" (nämlich daß dolus eventualis ausgeſchloſſen iſt).

[127]) Rüdorff S. 250; Schwartz S. 349; Olshauſen I S. 640; Oppenhoff S. 357; H. Seuffert S. 89; Schütze S. 287.

[128]) Beling Normen II 2 S. 871.

anzuſehen iſt.[129]) Der Täter braucht weder eine Schädigung der Rechtspflege noch eine Hinterziehung der Dingpflicht beabſichtigt zu haben; ſtrafbar iſt allein ſchon die falſche Entſchuldigung, auch wenn ſie z. B. nur deshalb abgegeben wurde, um eine drohende oder bereits verhängte prozeſſuale Ordnungsſtrafe abzuwenden bezw. rückgängig zu machen.[130]) Ebenſowenig wird natürlich die Strafbarkeit der Dingpflicht dadurch berührt, daß er ſich erbietet, zu einer anderen Zeit oder an einem anderen Ort erſcheinen zu wollen.[131])

Im übrigen gilt für den ſubjektiven Tatbeſtand, insbeſondere im Bezug auf die Schuldausſchließungsgründe, für das Delikt des § 138 nichts beſonderes, ſondern es finden die allgemeinen Regeln des Strafrechts Anwendung.

IV. Vollendung und Versuch.

Das Delikt des § 138 iſt vollendet, wenn ſich der Dingpflichtige durch Vorſchützen einer unwahren Tatſache entſchuldigt hat. Gemäß dem Tatbeſtand wird kein Erfolg[132]) in der Hinſicht gefordert, daß eine Schädigung der Rechtspflege tatſächlich eintreten muß, oder daß der Berufene im Termin wirklich nicht erſcheint. Letzteres wurde noch ausdrücklich in den Motiven hervorgehoben, wo es heißt:[133]) „Die mindere Strafbarkeit desjenigen, deſſen Geſuch ohne ſeinen Willen keinen Erfolg gehabt hat, iſt nur bei der Strafzumeſſung zu berückſichtigen". Es iſt alſo auch derjenige zu beſtrafen, deſſen Entſchuldigung als nicht genügend befunden wurde und der deshalb im Termin erſcheint.[134]) Ebenſowenig berührt die bereits eingetretene Vollendung des Delikts, ob dem Gerichtspflichtigen ein anderer Grund zur Seite ſtand, deſſen Vorbringen ihn entſchuldigt haben würde bezw. ob die volle Wahrheit ihn entſchuldigt hätte:[135]) denn ſchon das unwahre Vorbringen allein iſt ſtrafbar. Etwas anderes muß nach dem oben Geſagten freilich dann gelten, wenn ein von Amts

---

[129]) Vgl. wegen der letzteren Anſicht Hegeler in ZStW Bd. 36 S. 31 und Mezger in Ger.S. Bd. 89 S. 261.

[130]) Olshauſen I S. 641; Thomſen S. 247; Hälſcher II S. 853; Schwartz S. 349; Oppenhoff S. 357; Ebermayer S. 487; Göbel S. 140. RG in RGStr. Bd. 18 S. 422; Bd. 29 S. 317; OLG Dresden in ſächſ. Arch. Nr. 19/20 S. 443; OLG Frankfurt in GA Bd. 40 S. 457; OLG München in ME VI S. 703 und X S. 89. Anderer Anſicht OLG Frankfurt in GA Bd. 37 S. 304 (Anſicht geändert in GA 40, 457 f. o.).

[131]) RG in Annalen des RG Bd. 7 S. 111; Geyer II S. 154; Oppenhoff S. 357.

[132]) Binding I S. 12 nennt § 138 ein „coupiertes Erfolgsverbrechen"; gegen ihn M. E. Meyer S. 123.

[133]) Motive zum Entwurf eines StGB für den nordd. Bund zu § 136 S. 63.

[134]) Rüdorff S. 350; Schwartz S. 349; Oppenhoff S. 357; Frank S. 336; Olshauſen I S. 641; v. Schwarze S. 433; Ebermayer S. 487; Geyer II S. 154; Schütze S. 287; H. Seuffert S. 89. Anderer Anſicht: John in HH III, S. 197.

[135]) RG in Annalen des RG Bd. 7 S. 111; OLG Dresden in ſächſ. Arch. f. Rechtspfl. Nr. 19/20 S. 444; v. Schwarze S. 433; Oppenhoff S. 357; Olshauſen I S. 640; Schwartz S. 349; Göbel S. 140.

wegen zu berückſichtigender Grund für das Ausbleiben vorliegt, der eine Ladung überhaupt unzuläſſig macht; denn hier kann mangels Beſtehens einer „Dingpflicht" dieſe auch nicht verletzt werden.

Es fragt ſich aber, ob § 138 nicht dennoch einen gewiſſen Erfolg zur Vollendung verlangt, nämlich in der Hinſicht, daß die Entſchuldigung von der zuſtändigen Stelle verſtanden ſein muß, oder ob ſchon mit Abgabe der mündlichen oder ſchriftlichen Aeußerung das Delikt vollendet iſt. In dieſem Falle würde bereits das Tun allein ſtrafbar ſein, d. h. es würde ſich um ein reines „Formaldelikt" oder „ſchlichtes Tätigkeitsdelikt" handeln.[136]) Wie Kern [137]) ausführt, iſt die Frage nach dem Zeitpunkt der Vollendung ein Problem, das bei allen Aeußerungsdelikten wiederkehrt, und das für alle dieſe Delikte unter einem einheitlichen Geſichtspunkt angeſehen werden muß, obwohl natürlich im Einzelfalle Sinn und Formulierung des Tatbeſtandes zahlreiche Abweichungen ergeben können.

Wir gehen am beſten davon aus, warum das Geſetz eine Aeußerung überhaupt beſtraft. Es geſchieht dies nicht wegen des verbrecheriſchen Gedankens, den der Aeußernde hatte; denn „Gedanken ſind zollfrei", und zwar nicht deshalb, weil eine Beſtrafung praktiſch undurchführbar iſt, ſondern vor allem, weil ſie keinen Schaden anrichten können, weil ſie eine Gefährdung der Allgemeinheit überhaupt nicht darſtellen. Der hauptſächlichſte Zweck des Strafgeſetzes iſt, ein gedeihliches Zuſammenleben der Menſchen zu fördern und zu erhalten, und daher wird ein verbrecheriſcher Gedanke erſt dann ſtrafwürdig und ſtrafrechtlich erheblich, wenn er der Umwelt mitgeteilt worden iſt. Aus dieſem Gedankengang folgt ſchon, daß prinzipiell für die Vollendung eines ſtrafbaren Aeußerungsdelikts ein Verſtehen erforderlich iſt. Denn eine nicht verſtandene Kundgebung kann das Staatsweſen nicht gefährden, mag auch ihr Inhalt noch ſo verbrecheriſch ſein, und in dieſem Falle entfällt naturgemäß im allgemeinen das Intereſſe des Staates, den Aeußernden zu beſtrafen. Unter Verſtehen der Aeußerung iſt hier allerdings nicht ein vollkommenes verſtandesmäßiges Erfaſſen des ganzen Gedankengangs der Kundgebung gemeint, ſondern es genügt, wenn der Sinn der Aeußerung erfaßt wurde; denn auf den Sinn der Aeußerung beruht ihre Strafbarkeit.

Wir kommen alſo zu dem Ergebnis, daß in der Regel jede Aeußerung deshalb ſtrafbar ſein wird, weil ſie ein anderer vernimmt und ihren Sinn erfaßt.[138]) Es ſind alſo im Zweifel die Aeußerungsdelikte keine „ſchlichten Tätigkeitsdelikte", ſondern Erfolgsdelikte inſofern, als ſie das Verſtehen eines Dritten erfordern. Allerdings können, wie ſchon oben erwähnt, infolge der Formulierung oder infolge des

[136]) Gegen dieſen Begriff überhaupt: v. Liſzt-Schmidt S. 155; Wachenfeld S. 73; M. E. Mayer S. 119. Anderer Anſicht die h. L., z. B. Sauer (Grundlagen) S. 313; Mezger S. 97.

[137]) „Die Aeußerungsdelikte" S. 28.

[138]) So auch Kern a. a. O S. 28.

Sinns der einzelnen Tatbeſtände zahlreiche Ausnahmen von dieſer Regel beſtehen. So verlangt z. B. das Strafgeſetz oft überhaupt keinen Erfolg, ſo wenn im § 184 Ziff. 1 bereits das „Herſtellen" unzüchtiger Schriften zum Zwecke der Verbreitung beſtraft wird.[139]) Auch die Möglichkeit der Wahrnehmung, wie es z. B. in dem Verbot des „Ausſtellens" unzüchtiger Schriften in der oben genannten Strafnorm tatbeſtandsmäßig iſt, das ſogen. „Zugänglichmachen", ſtellt noch keinen Erfolg dar.[140]) In allen dieſen Fällen liegt wegen ihres Inhalts in der Aeußerung ſelbſt ſchon eine derartige Gefahr für den Staat, daß bereits ausnahmsweiſe die bloße Möglichkeit der Wahrnehmung durch Dritte einen Grund zur Strafbarkeit darſtellt, ohne daß irgend ein Erfolg eintreten muß. Ein Erfolg liegt jedoch ſchon darin, daß der Tatbeſtand nicht nur ein „Zugänglichmachen", ſondern vielmehr ein „Zugänglichſein" erfordert. Im Gegenſatz zu allen dieſen Fällen verlangen viele Aeußerungstatbeſtände nicht weniger, ſondern mehr als ein Verſtehen des Sinns; ſo z. B. wenn bei dem Empfänger der Aeußerung ein gewiſſer ſeeliſcher Erfolg notwendig iſt, oder wenn ſogar weiterhin eine Handlung des Dritten zur Vollendung des Delikts gefordert wird.[141])

Alle dieſe Ausnahmen zeichnen ſich durch beſondere Faſſung des Tatbeſtandes aus und laſſen die obige Feſtſtellung, daß für die Vollendung eines Aeußerungsdelikts im allgemeinen ein Verſtehen erforderlich iſt, unberührt. Dieſe Regel trifft auch bei dem Delikt des § 138 zu. M. E. ergibt ſich dies ſchon, wie auch ſonſt bei vielen Aeußerungstatbeſtänden, aus dem Wortlaut, denn das Wort „entſchuldigen" erfordert ein Objekt, ich kann mich nur „bei jemand" entſchuldigen; und wenn dieſer Dritte den Sinn meiner Aeußerung überhaupt nicht verſteht, dann habe ich mich nicht bei ihm „entſchuldigt", ſondern ich habe es nur verſucht. Daß hier bezüglich einer ſchriftlichen Entſchuldigung eine Ausnahme gemacht und dieſe ſchon mit dem Zugehen bei der zuſtändigen Stelle als vollendet angeſehen werden ſoll, iſt m. E. gegen Kern[142]) zu verneinen. Für eine ſolche Unterſcheidung bietet der Tatbeſtand nicht den geringſten Anlaß. Warum ſollte man die Tatſache, daß eine Perſon die ſchriftlich abgefaßte Entſchuldigung wieder vom Gerichtstiſch wegnimmt, bevor ſie der Richter geleſen hat, nicht ebenſo als Verſuch bewerten, wie wenn z. B. eine mündlich abgegebene Erklärung nicht verſtanden wird? Die Annahme eines früheren Zeitpunkts der Vollendung bei einer ſchriftlichen Aeußerung würde m. E. eine Unge-

[139]) In der Tatſache, daß Schriftlichkeit erfordert wird, iſt m. E. ein „Erfolg" noch nicht zu finden, ſondern dies gehört zur „Tätigkeit" des Delikts. Vgl. dazu Kern a. a. O. S. 23.

[140]) M. E. hier ungenau Kern a. a. O. S. 24. Vgl. z. B. v. Liſzt (Reichspreßrecht) S. 151/152: „Verbreitung bedeutet das Zugänglichmachen, nicht das Zugänglichſein. Verbreitung iſt eine Tätigkeit, kein Erfolg".

[141]) Vgl. die Fälle bei Kern a. a. O. S. 28/29.

[142]) Kern a. a. O. S. 24.

rechtigkeit gegen den Angeklagten bedeuten, die nicht zu rechtfertigen wäre, auch nicht durch die Tatsache, daß eine genaue Bestimmung des Augenblicks der Vollendung des Vergehens in diesen Fällen oft Schwierigkeiten bereiten wird.

Wir kommen demnach zu dem Ergebnis, daß das Delikt des § 138 vollendet ist, sobald die zur Empfangnahme der Entschuldigung zuständige Stelle diese erhalten und verstanden hat;[143]) wo dieser Erfolg fehlt, handelt es sich lediglich um einen Versuch, der nach dem Grundsatz des § 43 StGB nicht strafbar und dessen Abgrenzung gegen die vorbereitende Handlung daher im Rahmen des vorliegenden Themas nicht erforderlich ist.

V. Täterschaft und Teilnahme.

Täter des Delikts nach § 138 kann nur derjenige sein, der als Zeuge, Sachverständiger, Schöffe oder Geschworener berufen ist, und der sein eigenes Ausbleiben entschuldigt. Der Tatbestand ist also auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt, der eine gewisse Qualifikation, nämlich die Berufung zur Dingpflicht, besitzen muß. Daher ist § 138 zu den Sonderdelikten, delicta propria, zu rechnen.[144]) Wer außerhalb des qualifizierten Personenkreises steht, der sogenannte extraneus, kann das Delikt der Dingpflichtshinterziehung nicht als Täter im engeren Sinn verwirklichen, auch nicht als Mittäter oder mittelbarer Täter; denn auch die letztere Form der Täterschaft ist naturgemäß nur dann möglich, wenn die betreffende Person das Delikt auch als Alleintäter begehen kann.[145])

Dagegen ist die Möglichkeit von Anstiftung und Beihilfe zu einem Sonderverbrechen auch für den extraneus zu bejahen, da das Gesetz für diese Teilnahmeformen lediglich eine strafbare Haupttat verlangt, ohne Rücksicht darauf weshalb diese strafbar ist. Diese Meinung wird auch fast allgemein von Literatur und Rechtsprechung vertreten.[146]) Der Einwand, den neuerdings Mezger macht, daß nämlich Anstiftung deshalb nicht in Frage kommt, da diese ebenso bestraft wird wie die Täterschaft, und das Gesetz bei den Sonder-

[143]) Ein weiterer Erfolg z. B. ein Für-wahr-halten der Aeußerung wird in § 138 nicht verlangt; so mit Recht Kern S. 28.

[144]) Vgl. Nagler (Teilnahme am Sonderverbrechen) S. 34.

[145]) So RG in RGStr. Bd. 44, S. 71 und Bd. 63 S. 315; v. Liszt-Schmidt S. 321; Ebermayer S. 94; Frank S. 108; Binding in Ger.S. Bd. 76 S. 96; Schwartz S. 130; Nagler a. a. O. S. 72 Anderer Ansicht: Winter (mittelbare Täterschaft) S. 38; Finger I S. 337; Meyer-Allfeld S. 214; Petri (mittelbare Täterschaft) S. 50.

[146]) Beling (Lehre vom Verbrechen) S. 425; Frank S. 109/110; Schwartz S. 127; Meyer-Allfeld S. 209; v. Liszt-Schmidt S. 334; v. Bar, Ges. II S. 669; Nagler a. a. O. S. 116. Anderer Ansicht: Kohler in Stud. S. 135, in GA Bd. 55, S. 101 und im Leitfaden S. 34; Mezger S. 452 (nur bezügliche Anstiftung). (Dagegen verneinten viele eine Teilnahmemöglichkeit eines extraneus bei den eigentlichen Militärdelikten, vgl. z. B. Frank S. 110 und Mezger S. 452; a. A. Nagler S. 116/117; Schönfeld (Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen) S. 54).

delikten nur den Qualifizierten ſelbſt in dieſer Höhe beſtrafen wollte,[147]) ſcheint mir nicht durchſchlagend zu ſein. Das Geſetz wollte nicht die die extranei milder beſtrafen, ſondern es konnte den Tatbeſtand der Sonderdelikte naturgemäß nur ſo faſſen, daß er auf den intraneus zutrifft. Wenn alſo das Geſetz in § 48 den Anſtifter ebenſo beſtraft wie den Täter, ſo beſteht kein Grund, dieſe Regel bei den Sonderdelikten nicht anzuwenden.

Wie bei allen Sonderdelikten ergibt ſich auch bei § 138 eine gewiſſe Schwierigkeit, wenn die qualifizierte Perſon dem äußeren Anſchein nach nur eine mehr anſtiftende oder helfende Tätigkeit ausübt, während die eigentliche körperliche Ausführung der Tat von einer nichtqualifizierten Perſon vollmacht wird. Dies iſt vor allem der Fall, wenn ſich der Dingpflichtige von einer dritten Perſon entſchuldigen läßt, z. B. es gibt ſich ein Schöffe dazu her, für einen anderen eine falſche Tatſache vorzutragen,[148]) oder es entſchuldigt z. B. der Meiſter ſeinen Geſellen. Da ſtrafbar nur das „ſich-ſelbſt-entſchuldigen" des Berufenen iſt, ſo kann hier der extraneus nicht Täter ſein, ſondern notwendigerweiſe iſt der intraneus Täter, die nichtqualifizierte Perſon iſt Gehilfe. Dies iſt wohl heute herrſchende Meinung,[149]) allerdings ſind viele auch anderer Anſicht, da ſie keine ausreichende Begründung einer derartigen Beſtrafung für möglich halten.[150]) Bezüglich der Begründung haben es am einfachſten diejenigen, die, wie z. B. Metzger, jede Verurſachung der Tatbeſtandsverwirklichung als Täterſchaft anſehen und die im StGB geregelten Fälle der Anſtiftung und Beihilfe als Strafeinſchränkungsgründe betrachten; hier bleibt naturgemäß für den intraneus nur die Annahme von Täterſchaft übrig. Aber auch ſonſt iſt dies zu bejahen. Wir müſſen uns lediglich von dem Gedanken freimachen, daß „Ausführung" unbedingt eine körperliche Tätigkeit vorausſetzt;[151]) vielmehr führt auch derjenige die Handlung eines Tatbeſtandes aus, der die eigentliche körperliche Tätigkeit durch einen anderen vollbringen läßt, dieſer Dritte alſo nicht für ſich ſelbſt, ſondern für den intraneus den ſtrafbaren Tatbeſtand verwirklicht.

VI. Konkurrenzen des § 138.

Da in § 138 die Aeußerung einer „unwahren Tatſache" beſtraft wird, ſo können zugleich mit dieſem Vergehen alle diejenigen Delikte

[147]) Mezger S. 452.

[148]) Vgl. die Fälle bei H. Seuffert S. 89.

[149]) M. E. Mayer S. 376; Nagler S. 69; Mezger S. 432; v. Liſzt-Schmidt S. 318; Meyer-Allfeld S. 214; Köhler S. 511; P. Wolf (mittelbare Täterſchaft) S. 56; H. Seuffert S. 89 (ausdrücklich für Fälle des § 138). RG in RGStr. Bd. 28 S. 110; Bd. 39 S. 39 und die Entſcheidungen bei Olshauſen I S. 206.

[150]) Wachenfeld in ZStW Bd. 40 S. 148/149; Mittermaier in ZStW Bd. 21 S. 246; v. Baar II S. 627; Gerland (Grundfragen) S. 66; Flegenheimer (Das Problem des doloſen Werkzeugs) S. 38; Perten (Beihilfe) S. 130/131.

[151]) M. E. Meyer S. 376; Nagler a. a. O. S. 69.

begangen werden, welche auch dies Tatbeſtandsmerkmal enthalten, wie z. B. die §§ 131, 186, 263 etc. Durch die als Entſchuldigung vorgebrachten Tatſachen kann zugleich jemand beleidigt werden, z. B. wenn ein Zeuge im Strafprozeß unwahrer Weiſe ſagt, er habe nicht kommen können, da ihn der Angeklagte mit Gewalt habe zurückhalten laſſen; oder es kann durch die Täuſchung des Gerichts zugleich der Tatbeſtand des Betrugs verwirklicht werden, z. B. wenn ſich ein Dingpflichtiger im Strafprozeß entgegen der Wahrheit durch weite Entfernung vom Vernehmungsort entſchuldigt, zugleich um hohe Reiſekoſten als Gebühren verlangen zu können, uſw. In allen ſolchen Fällen liegt gleichermaßen ſowohl ein Vergehen gegen die Rechtspflege vor, als auch eine Verletzung der Ehre, des Vermögens etc. Da die Verwirklichung der mehreren Tatbeſtände durch eine Handlung geſchieht, ſo iſt eindeutig ideelle Konkurrenz der Delikte gegeben. Auch in Bezug auf Betrug iſt nicht etwa Geſetzeskonkurrenz des § 138 anzunehmen,[152]) denn es muß nicht überſehen werden, daß zum Tatbeſtand des Betrugs die Abſicht der Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gehört, was zur Strafbarkeit wegen Dingpflichtshinterziehung keineswegs erforderlich iſt. Auch aus der milderen Strafandrohung ergibt ſich ſchon, daß § 138 nicht im Verhältnis der Spezialität zu Betrug ſtehen kann; denn der Geſetzgeber hätte ſicherlich keinen Grund gehabt, einen Betrug deshalb milder zu beſtrafen, weil er durch Täuſchung der Gerichtsbehörden erfolgt. § 138 iſt alſo nicht ein Spezialfall des Betrugs, nicht etwa ein Betrug dem Gericht gegenüber, ſondern dies Delikt ſtellt ſich als ein Spezialfall der uneidlichen falſchen Ausſage dar, die jedoch generell nicht ſtrafbar iſt.

Die Unterſuchung eines Zuſammentreffens des § 138 mit Betrug iſt in einigen Fällen deshalb praktiſch geworden, weil die Entſchuldigung des Dingpflichtigen oft zur Abwendung einer Ordnungsſtrafe geſchieht, und er alſo durch die Vorſpiegelung der falſchen Tatſachen zugleich einen Vermögensvorteil hat. Ob in ſolchen Fällen der Tatbeſtand des Betrugs gegeben iſt oder nicht, kann hier nur kurz geſtreift werden. Das RG hatte gelegentlich einen ſolchen Fall zu entſcheiden, und hat für den ſpeziellen vorliegenden Tatbeſtand Betrug verneint, da die Abwendung einer möglicherweiſe zu verhängenden Geldbuße nicht als Vermögensbeſchädigung des Staates angeſehen werden könne, insbeſondere da der Strafanſpruch des Staates nach wie vor beſtehen bleibe.[153]) Mit Recht ſagt Binding,[154]) daß bei einer bereits verhängten Geldſtrafe notwendigerweiſe dasſelbe gelten müſſe, daß alſo auch deren Rückgängigmachung durch Angabe

[152]) Geſetzeskonkurrenz nimmt an Olshauſen II S. 1420; unentſchieden: Ebermayer S. 487; RG in RGStr. Bd. 18 S. 442; OLG München in ME X 88/89.

[153]) RG in RGStr. Bd. 18 S. 443; abgedr. auch in Stengleins Lexikon des Dt. Strafr. Bd. 2 S. 922/923.

[154]) Binding II S. 551.

einer falſchen Tatſache nicht als Betrug anzuſehen iſt. Dieſen Ergebniſſen iſt m. E. zuzuſtimmen, denn andernfalls würde ganz allgemein der Verſuch eines Schuldigen, eine Strafe durch unwahre Angaben von ſich abzuwenden, einen Betrug darſtellen; und zwar müßte man den Betrug ſtets dann annehmen, wenn die zu erwartende Strafe eine Geldſtrafe iſt, jedoch nicht, wenn es ſich um die Verhängung einer Freiheitsſtrafe handelt. Eine ſolche Schlußfolgerung dürfte wohl vom rechtspolitiſchen Standpunkt aus unhaltbar ſein.

Bei dem Zuſammentreffen des Delikts aus § 138 mit den prozeſſualen Ordnungsſtrafen iſt überhaupt keinerlei Konkurrenz im Sinne der §§ 73 ff. StGB vorhanden, ſondern beide Arten der Beſtrafung ſind völlig unabhängig voneinander.[155]) Daß es ſich bei den in der ZPO, dem GVG und der StPO angedrohten Strafen des Nichterſcheinens[156]) um „Ordnungsſtrafen" handelt, wird heute wohl allgemein angenommen.[157]) Früher war dies ſtreitig, insbeſondere vertraten viele die Anſicht, daß die Strafen in den Prozeßordnungen kriminellen Charakter haben.[158]) Dieſe Meinung iſt unrichtig, denn die prozeſſualen Strafen dienen lediglich dazu, den Dingpflichtigen zur Erfüllung ſeiner Pflichten anzuhalten, ſie wirken alſo in Zukunft; nicht wollen ſie eine Beſtrafung der in der Vergangenheit liegenden Pflichtverletzung. Es kann daher ſehr wohl eine gleichzeitige Beſtrafung nach dem Prozeßrecht und dem Strafrecht eintreten, ohne daß nach dem Grundſatz „ne bis in idem" verletzt wird. Ebenſo iſt es übrigens im franzöſiſchen Recht: „la peine d'emprisonnement prononcée par l'art. 236 se cumule avec l'amende de non-comparution".[159]) Die letzten Zweifel darüber, ob die in den Prozeßordnungen angedrohten Strafen tatſächlich als „Ordnungsſtrafen" anzuſehen ſind, dürften nunmehr dadurch beſeitigt ſein, daß die neuen Text-Bekanntmachungen der ZPO und StPO von 1924[160]) dieſen Ausdruck ausdrücklich an Stelle der früheren allgemeinen Bezeichnung „Geldbußen" verwenden.[161]) Wegen des vollkommen verſchie-

[155]) Ebermayer S. 487; Hälſchner II S. 852; Schwartz S. 349; Binding II S. 551; Oppenhoff S. 357; Olshauſen I S. 642 (der mit Recht feſtſtellt, daß Abſ. 2 des § 138 nichts über die gleichzeitige Anwendung beider Arten von Strafen ausſagt).

[156]) § 51 StPO; § 380 ZPO; § 56 GVG.

[157]) z. B. Seuffert-Walsmann S. 607; Birkmeyer S. 434; Obermeyer S. 129; Weismann S. 141; Geyer (Strafprozeß) S. 512; Laband III S. 497; Stein-Jonas S. 1060.

[158]) So: v. Lilienthal in Holtzend. Rechtslex. Bd. III, 2 S. 1421; Ullmann S. 359; Kayſer (Strafverfahren) S. 187; Binding, Lehrb. II S. 296/297; Skonietzky-Gelpcke S. 1022; Friedländer in Ger.S. Bd. 46 S. 430. Unentſchieden Abegg S. 139; Dochow S. 45. Gegen den kriminellen Strafcharakter ſprechen ſchon die Beratungsprotokolle der Prozeßordnungen; vgl. z. B. Hahn, Materialen z. ZPO S. 625.

[159]) E. Garçon p. 576; ebenſo Teulet p. 77; Pailliet p. 1093; Dalloz p. 329; Blanche IV p. 231.

[160]) StPO vom 22. III. 24 (RGBl. S. 322 ff.); ZPO v. 13. V. 24 (RGBl. S. 437 ff.); damit entfällt alſo der von Dochow S. 45 gegen den Ausdruck „Ordnungsſtrafe" geltend gemachte Einwand.

[161]) Das GVG enthält ſchon immer den Ausdruck „Ordnungsſtrafe".

denen Charakters der Strafarten ist es als selbstverständlich anzusehen, daß die Bestimmung des § 138 StGB das Prozeßrecht nicht berühren kann, und daher muß die besondere Hervorhebung dieser Tatsache in Absatz III als überflüssig bezeichnet werden.

VII. Internationales Strafrecht.

Vom Standpunkt des internationalen Strafrechts gilt für § 138 StGB. Realprinzip, da sich das Delikt der Dingpflichtshinterziehung gegen die deutsche Justiz richtet.[162]) Auch ein Ausländer, der sich im Bereiche der inländischen Gerichtsbarkeit befindet, und der der deutschen Behörde gegenüber eine obliegende Dingpflicht verweigert, macht sich strafbar. Da gemäß § 31 GVG Ausländer nicht Schöffen und Geschworene sein können, so wird dieser Fall allerdings nur bei den Zeugen und Sachverständigen praktisch; daß bezüglich dieser Funktionen auch für im Inland wohnende Ausländer Dingpflicht besteht, wird allgemein anerkannt.[163]) Da es sich um einen Fall des Realprinzips handelt, so muß eine Bestrafung auch stets dann eintreten, wenn der Tatbestand des Delikts ganz oder teilweise im Ausland verwirklicht wird, falls nur die Verpflichtung gegenüber der zur Beweiserhebung befugten deutschen Behörde bestand, in einer der von § 138 erfaßten Funktionen tätig werden zu müssen.[164])

Drittes Kapitel.

Die Strafbarkeit der Dingpflichtshinterziehung in anderen Ländern.

Bevor wir den heutigen Rechtszustand kritisch betrachten und eventuelle Vorschläge de lege ferenda geben, ist es zunächst noch von Interesse einen Blick auf die Strafgesetzgebung anderer Länder zu werfen [1]) und festzustellen, ob auch sonst derartige Strafnormen gegen Zeugen, Sachverständige und Geschworene bestehen. In den Kreis unserer Betrachtungen müssen wir allerdings nicht nur diejenigen Vorschriften ziehen, die dem § 138 genau entsprechen und also

[162]) So: Mendelssohn-Bartholdy in Rv.D. Allg. Teil Bd. 6, S. 302.

[163]) Kleinfellner S. 388; Weismann S. 138; Hellwig S. 708; Rosenberg S. 385; Struckmann-Koch S. 406; Förster S. 959; Sydow-Busch-Krantz S. 424; v. Wilmowsky-Levy S. 587.

[164]) Bestritten ist, ob ein im Ausland sich aufhaltender Inländer der deutschen Gerichtsgewalt unterworfen ist; dies bejaht ganz allgemein Hellwig (System) S. 708; nur für die Exterritorialen Förster S. 959. Anderer Ansicht jedoch die meisten; z. B. Laband III S. 493; Abegg S. 13; Kohler („Die Zeugnispflicht") in Ges.Beitr. S. 415.

[1]) Vgl. zu folgenden insbes. v. Hippel S. 47 ff; Mezger S. 48 ff.; v. Liszt-Schmidt S. 93 ff.

auch die unwahre Entſchuldigung des Dingpflichtigen beſtrafen; vielmehr ſind auch andere Strafbeſtimmungen, wie z. B. die Beſtrafung der offenen Weigerung des Gerichtspflichtigen und ähnliche Tatbeſtände von Wichtigkeit, denn auch hier handelt es ſich um eine „Hinterziehung" der Dingpflicht. Allerdings ſind ſtets nur die kriminellen Strafgeſetze anderer Länder zu betrachten, denn nur eine ſolche Unterſuchung liegt im Rahmen der geſtellten Aufgabe.[2])

Wie bereits oben feſtgeſtellt wurde, gibt es in Oeſterreich, wo heute noch das StGB. von 1852 gilt, keine Beſtrafung der Dingpflichtshinterziehung, und eine ſolche wird auch nicht von der dortigen Strafrechtsreform gefordert. Auch das ungariſche StGB. über Verbrechen und Vergehen von 1878[3]) enthält keine Strafbeſtimmung über die Gerichtspflicht. Ebenſowenig gilt naturgemäß eine derartige Vorſchrift in der Tſchechoſlowakei, da dort bis jetzt noch kein eigenes, einheitliches Strafrecht beſteht, ſondern teils öſterreichiſches, teils ungariſches Recht Anwendung findet; aber auch hier wird in dieſer Beziehung durch die Strafrechtsreform vorausſichtlich keine Veränderung eintreten.[4])

Dagegen kennen die Länder des europäiſchen Südoſtens teilweiſe eine Beſtrafung der Dingpflichtshinterziehung. Die Türkei hat ſeit dem 1. März 1926 ein neues StGB.,[5]) das in enger Anlehnung an das italieniſche StGB. von 1889[6]) geſchaffen wurde. Dort heißt es:

> § 282: „Wer von einem Unterſuchungsrichter oder vom Gericht oder in einer Straffache von der Staatsanwaltſchaft als Zeuge, Sachverſtändiger oder Dolmetſcher unter Zuſicherung des Erſatzes notwendiger Auslagen geladen iſt, und ſich ohne ſtichhaltigen Grund weigert, zu erſcheinen, oder nachdem er erſchienen iſt, ſich weigert, Zeugnis abzulegen, oder als Sachverſtändiger aufzutreten, oder Dolmetſcherdienſte zu leiſten, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit ſchwerer Geldſtrafe bis zu 200 Pfund beſtraft.
>
> Iſt der Täter ein Sachverſtändiger, ſo wird bei einer etwaigen Verurteilung zu Gefängnis noch auf zeitige Unterſagung der Ausübung ſeines Berufes oder Gewerbes für die gleiche Dauer erkannt."

Bulgarien (StGB. von 1896)[7]) kennt eine kriminelle Beſtrafung der Dingpflichtshinterziehung nicht. Ebenſo gibt es in Griechenland keinen derartigen ſpeziellen Tatbeſtand, jedoch findet ſich in dem geltenden StGB. von 1834 folgende allgemeine Norm:

> Art. 164: „Wer, ohne Widerſetzung, auf ergangene förmliche Aufforderung der Obrigkeit die nach Geſetz oder Verordnung ſchuldige Dienſt- oder

[2]) In der Rv.D. iſt, wie ſchon erwähnt, ein ſolcher Vergleich nicht vorhanden, da „die Einbeziehung des § 138 in die Rechtsvergleichung mit Rückſicht auf den Zweck des Werkes nicht erforderlich erſchien" (Beſ. T. II Bd. 403).

[3]) Sammlung (außerdeutſcher Strafgeſetzbücher) Bd. 30.

[4]) Vgl. die 1926 im Verlage des Juſtizimniſteriums herausgeg. Vorentwürfe eines Strafgeſetzes für die Tſchechoſlowakei.

[5]) Sammlung Bd. 46.

[6]) Sammlung Bd. 6

[7]) Sammlung Bd. 12.

Hilfeleiſtung oder irgendwo den Zutritt zur Ausübung einer Amtshandlung verſagt, ſoll mit Gefängnis bis zu zwei Monaten beſtraft werden."

Das StGB. von Rumänien (1864) ſowie das neue StGB. von Jugoſlawien (1929) liegen leider noch nicht in deutſcher Ueberſetzung vor, ſodaß eine Berückſichtigung dieſer Geſetze hier nicht erfolgen kann.[9])

Rußland hat ſeit 1926 das Strafgeſetzbuch der Ruſſiſchen Sozialiſtiſchen Föderativen Sowjet-Republik.[10]) Es findet ſich dort folgende Strafbeſtimmung:

§ 92: „Das Nichterſcheinen oder die Ausſageverweigerung eines von einem Organ der Ermittlungs- oder Unterſuchungsverfahrens oder von einem gerichtlichen Organ vorgeladenen Zeugen ſowie die Verhinderung ſeines Erſcheinens durch eine Perſon, von der er materiell oder dienſtlich abhängig iſt, ziehen nach ſich: Zwangsarbeit bis zu 3 Monaten oder Geldſtrafe bis zu 100 Rubeln.

Das Nichterſcheinen eines von demſelben Organ vorgeladenen Sachverſtändigen, Dolmetſcher oder Vertrauenszeugen oder deren Weigerung die ihm obliegenden Pflichten zu erfüllen, ſowie die Hinderung eines Volksrichters, zur Ausübung ſeiner Pflichten zu erſcheinen, durch eine Perſon von der er materiell oder dienſtlich abhängig iſt, ziehen Geldſtrafe bis zu 50 Rubeln nach ſich.

Die Umgehung der Erfüllung der Pflichten eines Volksrichters zieht Geldſtrafe bis zu 50 Rubeln nach ſich."

Auch im alten ruſſiſchen StGB. von 1903[11]) gab es einen Tatbeſtand betr. die Verweigerung der Gerichtspflicht, der folgendermaßen lautete:

§ 172: „Wer zur Unterſuchung vor Gericht als Zeuge, Unparteiiſcher, Sachverſtändiger oder Dolmetſcher erſchienen iſt und ohne triftigen Grund ſich weigert, ſeine Pflicht zu erfüllen, wird beſtraft: mit Haft über einen Monat oder mit Geldſtrafe nicht über 100 Rubel."

Dieſe Beſtimmung iſt vor allem deshalb von Bedeutung, da das alte ruſſiſche StGB. noch heute in Litauen in Geltung iſt. Bis vor

[8]) Der in deutſcher Ueberſetzung vorliegende Entwurf eines neuen griechiſchen StGB. 1924 (Sammlung Bd. 47), enthält in Art. 138 nur eine Beſtrafung des Ungehorſams gegen die rechtmäßige Aufforderung eines Beamten.

[9]) Der für Serbien geſchaffene Vorentwurf von 1910 (Sammlung Bd. 32) kannte folgende Beſtimmungen:

§ 120: „Wenn der Zeuge, Sachverſtändige, Dolmetſcher oder Geſchworene eine unwahre Tatſache als Entſchuldigung dafür vorſchützt, daß er nicht erſcheinen könne oder zwecks Erfüllung ſeiner Pflicht nicht früher erſcheinen konnte, ſo ſoll er mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Geldſtrafe bis zu 500 Dinaren beſtraft werden."

§ 121: „Wenn der Zeuge, Sachverſtändige, Dolmetſcher oder Geſchworene, obwohl ſie erſchienen ſind, ihre Pflicht nicht erfüllen wollen, ſo ſollen ſie mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Geldſtrafe bis zu 500 Dinaren beſtraft werden.

Wenn er erſt nach Beginn der wegen Nichterfüllung ſeiner Pflicht eingeleiteten ſtrafrechtlichen Unterſuchung ſeine Pflicht erfüllt, ſo ſoll das Gericht ihm dies als ſtrafmildernden Umſtand zubilligen."

[10]) Erſchienen 1931 im Verlag Walter de Gruyter & Co.

[11]) Sammlung Bd. 24.

kurzem galt auch noch in Lettland und Eſtland ruſſiſches Recht, jedoch haben ſich dieſe Staaten in den Jahren 1930 bezw. 1928 nunmehr neue Strafgeſetzbücher geſchaffen.

In Polen beſteht ſeit dem 11. Juli 1932 ebenfalls ein neues StGB.[12]) Dies enthält zwar im XXIII. Abſchnitt unter dem Titel „Straftaten gegen die Rechtspflege" eine Reihe von Delikten gegen die gerichtlichen Behörden, jedoch iſt eine Strafbeſtimmung gegen die Hinterziehung der Dingpflicht dort nicht vorhanden.

In den nordiſchen Ländern fehlt durchweg eine kriminelle Beſtrafung der Gerichtspflichtsverletzung. Weder Norwegen (StGB. von 1902),[13]) noch Schweden (StGB. von 1864),[14]) noch Dänemark (StGB. von 1866)[15]) kennen eine derartige Beſtimmung; allerdings beſteht in Dänemark ſeit 1930 eine neues Strafgeſetzbuch, das jedoch noch nicht in deutſcher Ueberſetzung erſchienen iſt. Auch im Strafgeſetz für Finnland (von 1889)[16]) iſt ein diesbezüglicher Tatbeſtand nicht vorhanden.

Dagegen hat die Verletzung der Dingpflicht in den Niederlanden eine ausführliche Regelung erhalten. Dort heißt es in dem geltenden StGB. von 1881:[17])

> Art. 192: „Wer geſetzlich als Zeuge, Sachverſtändiger oder Dolmetſcher vorgeladen, vorſätzlich einer geſetzlichen Verpflichtung, die er als ſolcher zu erfüllen hat, nicht genügt, wird beſtraft:
> 1. in Strafſachen mit Gefängnis bis zu 6 Monaten,
> 2. in anderen Sachen mit Gefängnis bis zu 4 Monaten."

Weiterhin gibt es unter den Fällen „der Uebertretungen" folgendes Delikt:

> Art. 444: „Wer als Zeuge, Sachverſtändiger oder Dolmetſcher vorgeladen, widerrechtlich ausbleibt, wird mit Geldbuße bis zu 60 Gulden beſtraft."

In Frankreich iſt, wie wir bereits oben geſehen haben, in dem noch heute geltenden Code Pénal von 1810 in Art. 236 eine Vorſchrift enthalten, die dem § 138 unſeres StGB. entſpricht — allerdings ohne Beſtrafung der Sachverſtändigen —, und dieſer Artikel iſt ſogar für unſere deutſche Faſſung das Vorbild geweſen. Dieſer Tatbeſtand iſt jedoch in den Code Pénal Belge von 1867 und den Code Pénal von Luxemburg von 1879 nicht aufgenommen worden, obwohl dieſe Strafgeſetzbücher ſich in ihren ſonſtigen Beſtimmungen ſehr ſtark an das franzöſiſche Strafrecht anlehnen.

In Spanien gilt heute wieder das alte StGB. von 1871,[18]) nachdem das vorübergehend in Kraft geweſene neue StGB. von 1928

---

[12]) Erſchienen im Verlag des Hilfsarbeitenbüro der Kodifikationskommiſſion.
[13]) Sammlung Bd. 20.
[14]) Eine deutſche Ueberſetzung iſt nicht vorhanden, vgl. aber die franzöſiſche Ueberſetzung im Verlag Nordſtedt & Fils, Stockholm 1866 (Royaume de Suéde, Loi Pènale).
[15]) Sammlung Bd. 16.
[16]) Sammlung Bd. 7.
[17]) Sammlung Bd. 1.

infolge der Revolution vom 1. April 1931 beſeitigt worden iſt. Eine ſpezielle Beſtrafung der Dingpflichtshinterziehung iſt nicht gegeben, allerdings wird in Art. 265 bezw. 589 Ziff. 5 (leichtere Fälle) ganz allgemein der „Ungehorſam" gegen die Behörde beſtraft.

Ebenſo gibt es in Portugal (StGB. von 1884)[19]) einen Abſchnitt über „Ungehorſam", deſſen hier in Betracht kommende Beſtimmungen folgendermaßen lauten:

> Art. 188: „Wer ſich weigert, einen Dienſt von öffentlichem Nutzen, zu dem er zuſtändigerweiſe ernannt oder aufgefordert worden iſt, zu leiſten oder leiſten zu laſſen, oder weder des Gehorſams ermangelt, den er den geſetzmäßigen Anordnungen oder Befehlen der öffentlichen Behörde oder ihrer Vertreter ſchuldig iſt, wird zur Beſſerungshaft bis zu 3 Monaten verurteilt, wenn nicht durch Geſetz oder Beſtimmung von gleicher Kraft verſchiedene Strafe feſtgeſetzt worden iſt."
>
> Art. 189: „Als ſchwerer Ungehorſam (Beſſerungshaft bis zu 6 Monaten) wird angeſehen, der von Perſonen in ihrer Eigenſchaft als Geſchworene, Zeugen, Sachverſtändige, Ueberſetzer, Vormund oder Mitglied des Familienrats begangen wird."

In der Schweiz gibt es bis heute noch kein einheitliches Strafgeſetzbuch, ſondern jeder der 24 Kantone hat ſein partikulares Recht. Obwohl je nach der Gegend teils deutſcher, teils franzöſiſcher Einfluß überwiegt, ſo iſt doch eine dem § 138 des deutſchen StGB. oder dem Art. 236 des Code Pénale entſprechende Vorſchrift durchweg nicht vorhanden. Allenfalls könnten hier die in vielen Kantonen[20]) und auch in den neuen Entwürfen für ein einheitliches ſchweizeriſches Strafgeſetzbuch[21]) beſtehenden Strafbeſtimmungen Erwähnung finden, die den Ungehorſam gegen die Verfügungen von Behörden beſtrafen, wobei in Art. 62 des Strafgeſetzbuchs für den Kanton Neuerburg und in § 106 des Strafgeſetzbuchs für den Kanton Schaffhauſen auch die richterlichen Behörden ausdrücklich erwähnt werden.[22])

In Italien ſchließlich iſt die Verletzung der Pflichten gegenüber dem Gericht ſehr ausführlich geregelt. Die diesbezüglichen Strafbeſtimmungen waren im alten StGB. von 1889[23]) in Art. 210 enthalten, dem im neuen „Codice Pénale" von 1930 der Art. 366 entſpricht. Letzterer lautet in Ueberſetzung ungefähr folgendermaßen:

> Art. 366: „Wer von einer richterlichen Behörde als Sachverſtändiger, Dolmetſcher oder Wächter von Sachen, die der Beſchlagnahme des Strafrichters

[18]) Sammlung Bd. 26.

[19]) Sammlung Bd. 19.

[20]) Vgl. die Strafgeſetzbücher in den Kantonen St. Gallen (Art. 145, 146), Solothur (§ 61) Baſel (§ 52), Zürich (§ 80), Appenzell (§ 60), Zug (§ 44), Vaud (Art. 129), Thurgau (§ 250).

[21]) Art. 345 Entw. von 1916; Art. 338 Entw. von 1918; Art. 260 bis des Entwurfs nach den Beſchlüſſen des Ständerats 1932.

[22]) Vgl. z. B. auch Art. 129 Code Penal für den Kanton Waadt: „. . . . celui qui, lors qu'il est légalement requis, refuse de prêter secours à l'autorité ou à un fonctionnaire public."

[23]) Sammlung Bd. 6.

unterliegen, berufen, mit betrügerischen Mitteln die Befreiung von der Verpflichtung erhält, zu erscheinen oder seines Amtes zu walten, wird mit Einschließung [24]) bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe von 300—5000 Lire bestraft.

Dieselben Strafen werden angewandt auf denjenigen, der zur Verfehung einer der obengenannten Funktionen vor die richterliche Behörde berufen, es verweigert, die eigenen Personalien anzugeben oder den verlangten Eid zu leisten, oder ebendieselben Funktionen zu übernehmen oder zu erfüllen.

Die vorstehenden Bestimmungen werden angewandt auf die Person, die berufen ist, vor der richterlichen Behörde als Zeuge auszusagen und auf jede andere Person, die berufen ist, eine gerichtliche Funktion auszuüben.

Wenn der Schuldige ein Sachverständiger oder Dolmetscher ist, so bringt die Verurteilung die Untersagung des Berufes oder Gewerbes mit sich."

Die Strafgesetzgebung der außereuropäischen Länder soll nur kurz gestreift werden, soweit Uebersetzungen der Strafgesetzbücher vorhanden sind. Fast durchweg ist eine strafrechtliche Regelung der Dingpflichtshinterziehung nicht vorhanden, so z. B. im japanischen StGB. von 1907,[25]) im chinesischen StGB. von 1912, im mexikanischen StGB. von 1871 [26]) und im StGB. für die Republik Chile.[27]) In den Vereinigten Staaten von Nordamerika besteht kein einheitliches Strafrecht, sondern sämtliche Staaten haben ihre eigenen Strafgesetzbücher. Nach dem StGB. des Staates New York von 1881 [28]) wird gemäß § 143 Ziff. 4 „absichtlicher Widerstand wider das gesetzliche Verfahren oder die Anordnung des Gerichts" als Vergehen bestraft. Außerdem ist hier eine sehr ausführliche Regelung für eine spezielle Art der Dingpflicht gegeben, nämlich für die Zeugenaussage vor einem der Häuser der gesetzgebenden Gewalt oder deren Ausschüsse. Es heißt dort:

§ 68: „Wer trotz gehöriger Vorladung als Zeuge vor einem der Häuser der gesetzgebenden Gewalt oder vor einem Ausschuß derselben, welcher ermächtigt ist, Zeugen vorzuladen, zu erscheinen sich weigert oder es ohne gesetzliche Entschuldigung versäumt, der Ladung Folge zu leisten, ist eines Vergehens schuldig."

§ 69: „Wer vor einem Hause der gesetzgebenden Gewalt oder von einem Ausschuß derselben, welcher ermächtigt ist, Zeugen vorzuladen, erschienen ist und absichtlich sich weigert, eingeschworen oder in Pflicht genommen zu werden, oder wesentliche und angemessene Fragen zu beantworten, oder trotz ausreichender Kenntnis wesentliche und geeignete Bücher, Papiere und Urkunden, welche in seinem Besitz oder in seiner Verwahrung sich befinden, vorzulegen, ist eines Vergehens schuldig."

[24]) Daß nunmehr im Gegensatz zu früher nicht mehr „detenzione", sondern die schärfere Strafe der „reclusione' angedroht ist, liegt daran, daß die erstere Strafart, die wohl unserem Gefängnis entsprach, im neuen Codice Penale überhaupt abgeschafft ist (vgl. Art. 17). Uebrigens übersetzt Delbrück (Preuß. Jahrbücher Bd. 66 S. 622) Detention mit Gefängnis und Reclusion mit Zuchthaus; die letzterwähnte deutsche Strafart dürfte jedoch wohl mehr dem „ergastolo" entsprechen.

[25]) Sammlung Bd. 23.

[26]) Sammlung Bd. 8.

[27]) Sammlung Bd. 15.

[28]) Sammlung Bd. 4.

Hiermit ſchließen wir unſere Betrachtung außerdeutſcher Strafgeſetzbücher, die zwar keineswegs Anſpruch auf Vollſtändigkeit erheben will, aber dennoch einige intereſſante Aufſchlüſſe über das Delikt der Dingpflichtshinterziehung geben kann. Aus dem Ueberblick über die Strafgeſetzbücher anderer Staaten haben wir geſehen, daß die Frage einer kriminellen Beſtrafung der Dingpflichtshinterziehung durchaus uneinheitlich geregelt iſt. Die überwiegende Anzahl auswärtiger Länder kennt ein derartiges Delikt in ihren Strafgeſetzbüchern nicht, ſondern begnügt ſich mit den in den Prozeßordnungen enthaltenen Zwangsmaßnahmen, die ſtets mehr oder minder den Charakter von Ordnungsſtrafen beſitzen.

Viertes Kapitel.

Kritiſche Betrachtung und Vorſchläge de lege ferenda.

Die praktiſche Bedeutung des § 138 iſt in Deutſchland gering, wie wir aus der im Anhang veröffentlichten Kriminalſtatiſtik der Vergehen gegen § 138 erſehen können. Im Durchſchnitt betrug die Zahl der Angeklagten von 1900 bis 1930 ungefähr 31, davon wurden durchſchnittlich 20 verurteilt. Eine Unterſcheidung zwiſchen Zeugen, Sachverſtändigen, Schöffen und Geſchworenen iſt mangels derartiger ſtatiſtiſcher Feſtſtellungen leider nicht möglich; aber wir gehen wohl nicht fehl in der Annahme, daß ſich die bei weitem größte Anzahl der Fälle auf die Beſtrafung von Zeugen bezieht. Einen allerdings nur ſehr unſicheren Anhalt gibt hier die Zuſammenſtellung der über § 138 veröffentlichten Entſcheidungen; von 9 Fällen ſtanden 7 mal Zeugen unter Anklage, alſo 78 Prozent, nur einmal war ein Schöffe und einmal ein Geſchworener Täter.

Für die praktiſche Bedeutung des Delikts iſt weiterhin von Intereſſe, daß die Zahl der Beſtrafungen mit Gefängnis ſtändig abgenommen hat, und ſchließlich in den letzten drei Jahren überhaupt nur Geldſtrafen verhängt wurden. Denn ſo ſehr auch theoretiſch die kriminelle Geldſtrafe von der Ordnungsſtrafe zu unterſcheiden iſt, ſo iſt doch praktiſch hier der Effekt für den einzelnen ziemlich derſelbe. Außerdem ſollte bei Abſchaffung des Delikts der Dingpflichtshinterziehung im Strafrecht dieſer Tatbeſtand in die Prozeßordnungen aufgenommen werden, und zwar unter gleichzeitiger Androhung von „Ordnungshaft“, wie aus dem Entwurf des Einführungsgeſetzes zum StGB. zu erſehen iſt.[1]) In dieſem Fall kann tatſächlich mit einem gewiſſen Recht geſagt werden, daß die Ord-

[1]) Vgl. Art. 67 Ziff. 20 u. Art. 76 Ziff. 12 d. EG z. einem allg. dtſch. StGB v. 1929; dazu die Begründungen S. 42 u. S. 109.

nungs- und Diſziplinargewalt genügend Abhilfe gewährt,[2]) und eine kriminelle Beſtrafung der Dingpflichtshinterziehung nicht erforderlich iſt. Bei der Reform der Prozeßordnungen hat man ſich dieſen Erwägungen angeſchloſſen, und ſo enthält z. B. der vom Juſtizminiſterium veröffentlichte Entwurf einer ZPO. von 1931 für Zeugen und entſprechend gemäß § 407 auch für die Sachverſtändigen folgende Vorſchrift:

> § 379: „Ein ordnungsgemäß geladener Zeuge, der falſche Angaben zu ſeiner Entſchuldigung vorſchützt, um nicht erſcheinen zu müſſen, oder der nicht erſcheint, iſt ohne daß es eines Antrags bedarf, in die durch ſein Verhalten verurſachten Koſten und zu einer Ordnungsſtrafe in Geld oder zur Ordnungshaft bis zu 3 Monaten und für den Fall, daß die Ordnungsſtrafe nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft bis zu 6 Wochen zu verurteilen."

Reicht nun tatſächlich die Ordnungs- und Diſziplinargewalt der Prozeßordnungen aus, um den Dingpflichtigen zur Erfüllung ſeiner Pflichten anzuhalten? Um dies feſtzuſtellen, müſſen wir uns vergegenwärtigen, was der Sinn und Zweck der Prozeßgeſetze einerſeits, der Strafgeſetze andererſeits iſt. Die einen haben, wie ſchon der Name „Prozeßordnung" ſagt, die Aufgabe, das Prozeßverfahren zu regeln; ſie müſſen daher inſoweit die Nichtleiſtung der Dingpflicht beſtrafen, als dadurch der ſchnelle und ordnungsgemäße Gang des Prozeſſes gefährdet wird. Ganz anders iſt der Sinn des Strafgeſetzes. Das Strafgeſetz ſoll ſtets den Zweck haben, der Verletzung hoher und ſchutzwürdiger Güter des Staates oder des Einzelnen vorzubeugen. Inſoweit ein ſolches Intereſſe durch die Hinterziehung der Dingpflicht verletzt wird, muß eine ſtraftrechtliche Norm beſtehen. Ein ſolches zu ſchützendes Rechtsgut könnte hier naturgemäß nur die Rechtspflege ſein.[3]) Zwar iſt ſchon die Verletzung der Dingpflicht als ſolche ſowie vor allem auch die Täuſchung der Behörde zu dieſem Zweck als unmoraliſch und verwerflich anzuſehen; aber inſoweit dadurch keinerlei Schaden oder Gefährdung für das Staatsweſen eintritt, kann dies Verhalten des Untertanen gemäß dem Sinn der Strafgeſetze nicht Gegenſtand einer kriminellen Beſtrafung ſein. Aus dieſem Grund iſt auch eine allgemeine Strafbeſtimmung in dieſer Richtung, wie z. B. ein Delikt des Ungehorſams gegen die Behörde oder des Belügens der Behörde, abzulehnen. Es kommt hier als weiteres Moment noch hinzu, daß derartige allgemeine Strafandrohungen leicht das Prinzip des Rechtsſtaats gefährden können, insbeſondere da ſie der richterlichen Auslegung einen allzuweiten Spielraum laſſen.[4])

[2]) Vgl. die Begründung der Entwürfe von 1925 S. 90/91 u. 1927 S. 97.

[3]) Vereinzelt verlangt Abegg in ſeinem Aufſatz „Zur Lehre von der ſtrafrechtlichen Verantwortlichkeit der Geſchworenen" in GA Bd. 14 S. 168, 233 eine Strafbeſtimmung, die die Verletzung ihres Eides durch die Geſchworenen beſtraft.

[4]) Vgl. z. B. Burkhard zu Art. 345 d. Schweiz. StGB-Entw. in den Protokollen der 2. Expertenkomm. Bd. 5 (1914) S. 181: „Ein ſolches Blankettgeſetz iſt eine Art Faulbett für die Verwaltung, die mit Hilfe dieſes Artikels Verfügungen durchſetzt, die des Schutzes nicht würdig ſind."

Wir haben alſo geſehen, daß eine kriminelle Strafnorm nur da erforderlich und berechtigt iſt, wo ein ſtrafrechtlich zu ſchützendes Rechtsgut verletzt wird, und dies Rechtsgut iſt in unſerem Fall die Rechtspflege. Die Beſtrafung der Dingpflichtshinterziehung iſt nur inſoweit zu befürworten, als durch die Pflichtverletzung der Richterſpruch ſelbſt gefährdet wird, denn deſſen Objektivität und Richtigkeit gehört unbedingt zu den hohen Intereſſen der Allgemeinheit, die durch das Strafgeſetz zu ſchützen ſind.

Wenn wir uns dieſen Zweck des Strafgeſetzes vor Augen halten, ſo können wir ſofort erkennen, daß ein Schöffe oder Geſchworener niemals durch ſein Ausbleiben oder auch durch die Verſchleierung ſeines Ausbleibens eine kriminell ſtrafwürdige Handlung begehen kann, da durch ſein Handeln die Rechtſprechung ſelbſt nicht gefährdet wird. Die Folge ſeines Tuns kann lediglich die ſein, daß ein neuer Termin anberaumt werden muß, oder daß gegebenenfalls ein anderer Laienrichter zugezogen werden muß. Der gegebene Weg, den einzelnen hier zur Erfüllung ſeiner Dingpflicht anzuhalten, iſt das Prozeß- bezw. das Gerichtsverfaſſungsrecht, denen auch ſonſt die Aufgabe zufällt, der Prozeßverſchleppung mit Zwangsmaßnahmen entgegen zu treten.

Um feſtzuſtellen, ob bei Ausbleiben und Weigerung eines Sachverſtändigen ein Schaden für die Rechtspflege entſtehen kann, iſt die Frage zu entſcheiden, ob ein vom Gericht berufener Sachkundiger durch eine andere Perſon erſetzt werden kann; denn wenn das der Fall iſt, ſo kann auch bei Ausbleiben dieſer Perſonen lediglich eine Verzögerung des Prozeßverfahrens, dagegen keine Beeinfluſſung der Rechtspflege ſtattfinden. Die Entſcheidung mag hier zweifelhaft erſcheinen, denn theoretiſch iſt wohl der Fall denkbar, daß tatſächlich eine Perſon auf einem beſtimmten Gebiet eine derartige Sachkunde beſitzt, daß ein vollwertiger Erſatz nicht zu finden iſt. Praktiſch dürfte jedoch ein ſolcher Fall niemals vorliegen und daher wird im allgemeinen mit Recht angenommen, daß Sachverſtändige erſetzbar ſind.[5]) Außerdem iſt zu bedenken, daß ſowieſo einerſeits der Richter an das Gutachten nicht gebunden iſt, andererſeits auch ein Recht auf die Vernehmung eines beſtimmten Sachverſtändigen nicht gegeben iſt. Die Möglichkeit der Gefährdung der Rechtspflege iſt demgemäß auch bei Verletzung dieſer Dingpflicht nicht als vorliegend zu erachten, und es iſt daher im Bezuge auf die Sachverſtändigen eine kriminelle Beſtrafung der Pflichtverletzung m. E. nicht erforderlich.

Ebenſo iſt es bei ſämtlichen anderen, dem Gericht gegenüber zu einer Dienſtleiſtung verpflichteten Perſonen, iſt es z. B. bei den Dolmetſchern, bei den Laienbeiſitzern in anderen als den ſtrafprozeſſualen Verfahren, iſt es ſchließlich auch bei dem Richter ſelbſt.

[5]) Stein (Priv. Wiſſen) S. 70; Seuffert (ZPO, 1911) S. 1190; Obermeyer S. 124.

Alle diese Personen des Gerichtsverfahrens sind ersetzbar, und nur eine Art von Dingpflichtigen macht hier eine Ausnahme: der Zeuge. Die Aussage des Zeugen ist stets von ausschlaggebender Bedeutung und selbst dann nicht ersetzbar, wenn auch noch andere Personen den fraglichen Vorgang gesehen haben; denn für die Erforschung des Tatbestandes ist die Darstellung eines jeden einzelnen gleichwertig, und das Fehlen einer einzigen Zeugenaussage kann daher das Urteil in dem einen oder dem anderen Sinn beeinflussen. Es ist dies eine Eigenschaft der Zeugenpflicht, wie sie vor allen anderen Arten der Dingpflicht heraushebt, und die ihr eine ganz besondere Bedeutung verleiht: die Zeugenaussage ist ein nicht ersetzbares und grundlegendes Fundament der Rechtsprechung.

Wer sich dieser hohen und wichtigen Pflicht gegenüber der Gerichtsbarkeit durch unlautere Machenschaften, nämlich durch das Vorschützen falscher Gründe entzieht, gefährdet in hohem Maße das strafrechtlich zu schützende Rechtsgut der Rechtspflege, und handelt auch subjektiv so verwerflich, daß hier tatsächlich eine kriminelle Strafe am Platz ist. Das Tatbestandsmerkmal des Vorschützens „unwahrer Tatsachen" ist m. E.[6]) beizubehalten; denn erst die Verschleierung der Pflichtverletzung, die den Richter über die wahren Gründe des Ausbleibens im Irrtum läßt, macht die Tat kriminell strafwürdig, weil gerade dadurch eine besondere Pflichtwidrigkeit und Schädigung der Rechtspflege gegeben ist. Bei offener Weigerung ist subjektiv und objektiv die Kriminalität der Handlung weit geringer, insbesondere gibt hier das Prozeßrecht dem Richter stets genügend Machtmittel, um trotz des Widerstandes eine Aussage des Zeugen herbeizuführen, z. B. im Wege der zwangsweisen Vorführung.

Die Gefährdung der Rechtspflege ist naturgemäß dann am größten, wenn die unwahre Entschuldigung des Dingpflichtigen eine dauernde Pflichtentziehung zur Folge hat. Aber auch wenn zunächst nur das Ausbleiben in einem Termin bezweckt ist, so ist doch stets durch die Gefahr der Wiederholung dieses Handelns oder durch die Gefahr eines Verzichts auf diesen Zeugen die Möglichkeit einer Einwirkung auf die Rechtsprechung so groß, daß auch für solche Fälle eine kriminelle Strafandrohung bestehen muß, insbesondere da es sich um die Verletzung einer fundamentalen und unersetzbaren Pflicht gegenüber dem Staat handelt.

Eine Gefährdung der Rechtspflege tritt aber nicht nur durch das Ausbleiben des Dingpflichtigen ein, sondern insbesondere auch dadurch, daß er zwar erscheint, aber sich unter Berufung auf unwahre Gründe seiner Pflicht zur Aussage entzieht. Dies ist mit Recht bereits in den Entwürfen von 1913 und 1919 zum Ausdruck gekommen.

[6]) Gegen den Begriff der „Tatsache" sind allerdings von vielen Seiten Bedenken geäußert worden; vgl. z. B. Groß (Der Raritätenbetrug) S. 168 und oben S. 6. Solange jedoch dieser Begriff auch in anderen Tatbeständen des Entwurfs zum StGB wiederkehrt, mag er auch hier beibehalten werden.

Wir kommen alſo zu dem Ergebnis, daß die Strafvorſchrift des § 138 de lege ferenda grundſätzlich beizubehalten iſt, ſoweit ſie ſich auf die Verletzung der Zeugenpflicht bezieht, und zwar mit Ausdehnung des Tatbeſtandes auf die Verweigerung der Ausſage. Der Wortlaut im Einzelnen müßte m. E. klar zum Ausdruck bringen, daß nur bei tatſächlichen Beſtehen einer Dingpflicht eine Beſtrafung eintritt, denn nur wenn eine Pflicht zum Tätigwerden vorhanden iſt, kann durch die Verweigerung des Zeugen eine Gefährdung der Rechtspflege eintreten. Daß aber nicht nur die tatſächliche Weigerung, ſondern bereits das Vorbringen einer falſchen Entſchuldigung eine Gefährdung der Rechtspflege bedeutet, iſt dadurch zum Ausdruck zu bringen, daß das Delikt ſchon im Verſuchsſtadium, nämlich bei dem Vorbringen der unwahren Tatſache, für ſtrafbar erklärt wird. Es liegt dies vollkommen im Sinne des neu zu ſchaffenden deutſchen Strafrechts, das dem Gefährdungsprinzip eine zentrale Rolle anweiſen will, und daher regelmäßig ſchon das „Unternehmen" der verbrecheriſchen Handlung beſtrafen oder die Tatbeſtände auf die Vornahme ſolcher Handlungen ausdehnen wird, die „geeignet" ſind, den ſtrafbaren Erfolg herbei zuführen.[7]) Es wird dadurch mit dem Prinzip des Verletzungsſtrafrechts, daß die Strafbarkeit des Täters auf den mehr oder minder zufälligen Erfolg ſeiner Handlung abſtellte, gebrochen.

Für die Formulierung des Delikts der „Hinterziehung der Zeugenpflicht" ſchlage ich daher de lege ferenda folgenden Wortlaut vor:

> Wer es unternimmt, ſich durch Vorbringen unwahrer Tatſachen ſeiner Pflicht, in einem Termin als Zeuge auszuſagen oder zu erſcheinen, zu entziehen, wird mit Gefängnis bis zu 3 Monaten oder mit Geldſtrafe beſtraft.

[7]) Vgl. Kerrl, Denkſchrift S. 112.

I. Kriminalstatistik [1]

der Vergehen gegen § 138 StGB [2]

1882—1930

Jahreszahl	Zahl der Angeklagten	Davon verurteilt	Davon freigesprochen	Es erhielten Gefängnis	Es erhielten Geldstrafe	Es erhielten Sonstige Strafen
1882	8	7	1	7	—	—
1883	4	1	3	1	—	—
1884	5	3	2	3	—	—
1885	7	6	1	6	—	—
1886	7	5	2	5	—	—
1887	9	5	4	5	—	—
1888	11	8	3	8	—	—
1889	15	13	2	13	—	—
1890	9	4	5	4	—	—
1891	14	8	6	8	—	—
1892	10	8	2	8	—	—
1893	21	14	7	14	—	—
1894	22	9	13	9	—	—
1895	7	4	3	4	—	—
1896	17	11	6	11	—	—
1897	12	10	2	10	—	—
1898	13	5	8	5	—	—
1899	27	12	15	12	—	—
1900	23	14	9	13	1	—
1901	34	13	21	13	—	—
1902	36	15	21	15	—	—
1903	28	22	6	22	—	—
1904	23	14	9	14	—	—
1905	28	14	14	14	—	—
1906	30	21	9	21	—	—
1907	30	17	13	16	—	1 Verweis
1908	36	29	7	29	—	—
1909	49	34	15	34	—	—
1910	45	23	22	22	1	—

[1]) Die Zahlen sind entnommen der „Statistik des Deutschen Reichs“:
1882—1890 Bd.: 8, 13, 18, 23, 30, 37, 45, 52, 58.
1891—1900 Bd.: 64, 71, 77, 83, 89, 95, 120, 126, 132, 139.
1901—1910 Bd.: 146, 155, 162, 169, 176, 185, 193, 228, 237, 247.
1911—1920 Bd.: 257, 267, 272, 284, 297, 302, 304, 342, 301, 346.
1921—1930 Bd.: 311, 354, 320, 328, 335, 347, 370, 384, 398 u. 429.

[2]) Eine Unterscheidung zwischen Zeugen, Sachverständigen, Schöffen und Geschworenen ist mangels diesbezüglicher statistischer Feststellungen nicht möglich.

Jahreszahl	Zahl der Angeklagten	Davon verurteilt	Davon freigesprochen	Es erhielten Gefängnis	Es erhielten Geldstrafe	Es erhielten Sonstige Strafen
1911	45	23	22	23	—	—
1912	44	23	21	23	—	—
1913	51	36	15	36	—	—
1914	59	33	26	32	—	1 Verweis
1915	24	14	10	14	—	—
1916	19	11	8	10	—	1 Verweis
1917	8	6	2	6	—	—
1918	9	5	4	4	—	1 Verweis
1919	4	3	1	3	—	—
1920	14	9	5	9	—	—
1921	27	19	8	14	—	5 Arrest
1922	42	26	16	3	23	—
1923	33	23	10	1	22	—
1924	20	14	6	2	12	—
1925	30	23	7	1	22	—
1926	27	21	6	3	18	—
1927	44	32	12	1	31	—
1928	27	25	2	—	25	—
1929	36	23	13	—	23	—
1930	28	22	6	—	22	—

II. Zusammenstellung

der veröffentlichten Entscheidungen über § 138 StGB.

Datum und Ort der Entscheidung	Art der Dingpflicht	Abgedruckt in
15. 10. 14 OLG Dresden	Zeuge	Sächs. Arch. f. Rechtspflege Nr. 19/20 S. 443.
23. 7. 98 OLG München	Zeuge	Entscheid ds. OLG München Bd. X S. 87 ff.
19. 1. 97 Reichsgericht	Schöffe	RGE in Strafsachen Bd. 29 S. 316 ff.
22. 2. 93 OLG Frankfurt	Zeuge	Goltdammers Archiv Bd. 40 S. 456 ff.
31. 12. 91 OLG München	Zeuge	Entscheid. ds. OLG München Bd. VI S. 700 ff.
21. 2. 89 Reichsgericht	Zeuge	RGE in Strafsachen Bd. 18 S. 442 ff.
28. 8. 89 OLG Frankfurt	Zeuge	Goltdammers Archiv 37. Bd. S. 304 ff.
14. 12. 83 Reichsgericht	Zeuge	Analen des Reichsgerichts Bd. 7 S. 111 ff.
1876 OLG Jena	Geschworener	Bl. f. Rechtspfl. i. Thüringen Bd. 24 S. 275 ff.

Lebenslauf.

Am 20. September 1909 wurde ich, Hans Dietrich Wilh. Schmidt, als Sohn des Pflanzers Julius Wilh. Schmidt und ſeiner Frau Helene geb. Büsgen in Bekioen auf Sumatra geboren. Vom 6. Lebensjahr ab beſuchte ich die ſtädtiſche Mittelſchule in Wiesbaden, ſpäter, in den Jahren 1918—1922, eine private Mittelſchule in Bad Reichenhall. Im Jahre 1922 trat ich in das ſtaatliche Realgymnaſium in Wiesbaden ein und erhielt dort Oſtern 1928 das Zeugnis der Reife. Ich ſtudierte Rechtswiſſenſchaft, zunächſt 3 Semeſter in Freiburg i. Br., dann in Bonn. Im Herbſt 1932 beſtand ich am OLG Köln die erſte juriſtiſche Staatsprüfung. Ich wurde zum Referendar im Oberlandesgerichtsbezirk Frankfurt a. M. ernannt und zunächſt 6 Monate zur Ausbildung dem Amtsgericht in Wehen i. Ts. zugeteilt. Später wurde ich auf meinen Antrag vom Kammergerichtsbezirk übernommen und bin zur Zeit am Landgericht Berlin tätig.

Die mündliche Doktorprüfung beſtand ich am 20. Dezember 1933.